Göttinger Juristische Schriften

Keiichi Yamanaka, Frank Schorkopf,
Jörg-Martin Jehle (Hg.)

Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit

Ein deutsch-japanisches Symposium

国家・社会における安全と自由
―その予防的傾向



Universitätsverlag Göttingen

Keiichi Yamanaka, Frank Schorkopf, Jörg-Martin Jehle (Hg.)

Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft
zwischen Sicherheit und Freiheit

erschienen als Band 16 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
im Universitätsverlag Göttingen 2014

Keiichi Yamanaka,
Frank Schorkopf,
Jörg-Martin Jehle (Hg.)

Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit

Ein deutsch-japanisches Symposium

Ehrenpromotion
von Keiichi Yamanaka

Göttinger Juristische Schriften,
Band 16



Universitätsverlag Göttingen
2014

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Kontakt

Prof. Dr. Dr. h. c. Jörg-Martin Jehle
Email: abtkrim@uni-goettingen.de

Satz und Layout: Lorenz Bode

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-168-9
ISSN: 1864-2128

Vorwort der Herausgeber

Die Umwelt-und Atomkraftwerkkatastrophe in Fukushima oder auch Finanzkrisen, ausgelöst von der Lehman-Insolvenz oder der Zahlungsunfähigkeit Griechenlands, haben in den letzten Jahren verdeutlicht, dass wir in hochkomplexen risikoanfälligen Systemzusammenhängen leben. Damit drohen uns wirtschaftliche und gesellschaftliche Großrisiken überregionalen oder gar globalen Ausmaßes, die nach funktionierenden Sicherheitssystemen verlangen. In Verfolgung dieser Sicherheitsbedürfnisse entsteht freilich die Gefahr, die freie Betätigung der Individuen einzuschränken und so die Basis unserer freiheitlichen Gesellschaften zu beschädigen.

Wie kann man dieses Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und individueller Freiheit in der gegenwärtigen Risikogesellschaft lösen? Die in diesem Band versammelten Beiträge von japanischen und deutschen Rechtswissenschaftlern diskutieren Fragestellungen, die paradigmatisch das moderne Problem der Risikobewältigung in der Spannungslage von Sicherheit und Freiheitsgewährleistung behandeln. Die Beiträge nehmen rechtsphilosophische, verfassungsrechtliche und rechtspolitische Perspektiven ein, sind bezogen auf den konkreten Bereich des Internets und der Elektrizitätsversorgung, nehmen Bezug auf das Wirtschaft- und Privatrecht sowie das Medizin- und Strafrecht.

In einem weiteren Abschnitt werden schließlich die japanischen Erfahrungen mit der Law School als neuer Form der juristischen Ausbildung bilanziert.

Die abgedruckten Beiträge gehen zurück auf das Dritte Rechtswissenschaftliche Symposion, das im Rahmen einer langjährigen Kooperationsbeziehung zwischen der Juristischen Fakultät und Law School der Kansai Universität Osaka und der Göttinger Juristischen Fakultät im September 2012 stattfand. Im Namen aller teilnehmenden Kollegen sei der gastgebenden Fakultät und Law School herzlich gedankt. Dank gebührt auch der Abteilung Göttingen International der Georg-August-Universität für die finanzielle Unterstützung. In erster Linie haben wir allen Kollegen zu danken, die sich der Mühe unterzogen haben, ihr Referat in eine Schriftfassung zu bringen.

Es fügt sich glücklich, dass kurz vor Drucklegung dieses Bandes ein akademisches Ereignis stattfand, welches den gelungenen rechtswissenschaftlichen Austausch und Dialog zwischen Deutschland und Japan und speziell Göttingen und Osaka unterstreicht: Am 5. Mai 2014 hat der Dekan, Frank Schorkopf, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka die Urkunde der von der Göttinger Juristischen Fakultät verliehenen Ehrendoktorwürde in einer Feierstunde überreicht. Der Geehrte hat sich mit einer Rede bedankt, die ebenso wie die Laudatio von Jörg-Martin Jehle am Ende des Bandes abgedruckt ist.

Osaka, Göttingen,
im Juni 2014

Keiichi Yamanaka, Frank Schorkopf, Jörg-Martin Jehle

Inhalt

IV. Sicherheit und Risiken im Medizinrecht

V. Sicherheit und Risiken im Strafrecht

VI. Juristenausbildung in Japan

Ehrenpromotion

I. Sicherheit und Risiken aus rechtsphilosophischer, verfassungsrechtlicher und rechtspolitischer Perspektive

Vorsorgeprinzip und Ausnahmezustand
Eine rechtsphilosophische Betrachtung

Ken Takeshita

I. Einleitung

Der Unfall des Kernkraftwerks Fukushima Nr. 1 ist von einem Tsunami, der durch ein Erdbeben auf hoher See im pazifischen Ozean vor dem japanischen Tohoku Gebiet entstanden ist, verursacht worden. Die Zahl der Toten durch diese Katastrophe beläuft sich auf 16.000, die der Verschollenen auf 3.000, es gab über 380.000 vollständig bzw. teilweise zerstörte Gebäude und 400.000 Flüchtlinge. Das Erdbeben hatte eine Stärke von 9.0 Mw (Magnituden) und der Tsunami erreichte eine maximale Höhe von 40 Metern

Das Kernkraftwerk Fukushima Nr. 1 hatte durch den Tsunami sogar seine Notfallkraftquelle verloren und einer Kernschmelze mit radioaktiver Verseuchung gegenübergestanden. Es ist kurz nach dem Unfall bekannt geworden, dass der Betreiber des Kernkraftwerks den Unfall als „außerordentliches Ereignis" eingeordnet hat. Aufgrund dieser öffentlichen Äußerung kann man daran denken, dass im Fall dieser Art das Ereignis eines ungesetzlichen Zustandes aufgetreten ist.

Hier möchte ich den Streitpunkt „außerordentliches Ereignis“ und seine Analogie zu „Ausnahmezustand“ thematisieren, und zwar unter einem rechtsphilosophischen Gesichtspunkt. Hierbei ist es nicht einfach, eine Grenze zwischen Recht und Unrecht zu ziehen. Wir können eher eine Stufenstruktur in der Grundlage der gesetzespositivistischen und außerhalb der rechtspositivistischen Rechtsordnung finden.

II. Vorsorgeprinzip auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts

Im neueren Umweltrecht ist das Vorsorgeprinzip als Hauptprinzip schon weltweit bekannt. Dieses Prinzip stellt ein neues, aber dennoch typisches Prinzip von Umweltstaatlichkeit dar, welches die Prinzipien des Rechts- und Sozialstaates modifiziert. Es zielt darauf ab, umweltfeindliches Verhalten zu verhindern.

1. Die fundamentale umweltschutzrechtliche Bedeutung des Vorsorgeprinzips

Der 15. Grundsatz der Erklärung des Umweltschutzkongresses in Rio de Janeiro der Vereinten Nationen aus dem Jahr 1992 ist ein typischer Ausdruck des Vorsorgeprinzips. Dieser besagt, dass die Unzulänglichkeit wissenschaftlicher Gewissheit kein Grund für die Verschiebung einer umweltschützenden Maßnahme sein soll, wenn ein Eingriff in die Umwelt tief und irreversibel ist. Dabei wird der Mangel vollständiger wissenschaftlicher Gewissheit durch eine Einschätzung des statistischen Risikos für nachteilige Umweltauswirkungen ersetzt. Ein solches Risiko bedeutet grundsätzlich eine Gefahr im Sinn einer statistischen Wahrscheinlichkeit.

Das Vorsorgeprinzip bezieht sich mit seinen präventiven Gesichtspunkten eher auf die Gesetzgebung bzw. Verwaltung als auf die juristische Praxis. So wird dieses Prinzip von mehreren Staaten der Welt als politisches Prinzip anerkannt. Nach Artikel 4 des japanischen Umweltgesetzes von 1993 soll die Erhaltung der Umwelt durch die nachhaltige Entwicklung einer Gesellschaft mit weniger Umweltbelastungen, durch die Beseitigung von umweltschädlichen Faktoren und mit Hilfe fortschreitender wissenschaftlicher Erkenntnisse geschehen. Genau in dieser Bestimmung kann man das Vorsorgeprinzip verwirklicht finden. Des Weiteren sieht Artikel 3 des Gesetzes über den Artenreichtum aus dem Jahr 2008 „präventive Maßnahmen“ vor, bei deren Durchführung die vielen ungelösten Fragen der Wissenschaft und die Gefahren für den Artenreichtum in Betracht gezogen werden müssen.

2. Das geltende Rechtssystem betreffend Atomkraftwerke

Wir wollen uns nun mit der Auswirkung des Vorsorgeprinzips auf das geltende Rechtssystem betreffend Atomkraftwerke beschäftigen. Das Kernenergiegesetz aus dem Jahr 1955 legt den Rahmen für die japanische Kernenergienutzung fest. Dies betrifft die fundamentalen Grundlagen für die Nutzung der Kernenergie, die

Bildung von Ausschüssen für Kernenergie und ihre Sicherheit und die Regelung des Atombrennerausbaus. Es gibt zwei ergänzende Gesetze: Das Gesetz für Kernstoffmaterialien, Kernbrennstoffe und Atombrenner (aus dem Jahr 1957) und das Gesetz für elektronische Unternehmen (aus dem Jahr 1964), die beide konkretere Bestimmungen an die Hand geben.

Das Ziel des ersten Gesetzes besteht in der friedlichen und geplanten Nutzung von Kernstoffmaterialien, Kernbrennstoffen und Atombrennern. Es dient ferner der Vorbeugung von Unfällen und regelt die Aufbewahrung von Kernbrennstoffen. Regelungsgegenstand sind außerdem Unternehmen für die Raffination, Bearbeitung, Aufspeicherung, Wiedernutzung, Entsorgung sowie Bau und Betrieb von Atombrennern. Das Gesetz für elektronische Unternehmen regelt die Kontrolle und enthält Regelungen über den Bau bis zum Abriss von Kraftwerken einschließlich der Kernkraftwerke. Bestimmungen hinsichtlich des konkreten Verfahrens in Bezug auf die Bauplanung und Bauüberprüfung sowie den Betrieb von Kernkraftwerken sind auch im Gesetz für elektronische Unternehmen enthalten.

In Japan gibt es ein Gesetz aus dem Jahr 1961, das Vorsichtsmaßnahmen gegen Katastrophen im Allgemeinen regelt und auch Notstandsregelungen enthält. Aus Anlass des kritischen Unfalls im Atombrenner Tokai Dorf wurde 1999 das Gesetz für spezielle Vorsichtsmaßnahmen gegen Kernkatastrophen verabschiedet. Nach diesem Gesetz muss der Betreiber eines Kernkraftwerks dem Minister für Wirtschaft, Handel und Industrie über Kernunfälle, die einen bestimmten Grad überschreiten, informieren. Bei Erreichen eines Kernnotstandes verkündet der Ministerpräsident diesen Kernnotstand und errichtet eine Zentrale für Gegenmaßnahmen unter seiner Führung.

3. Tragweite des Vorsorgeprinzips als Rechtsprinzip

Bei diesem Rechtssystem geht es um die Tragweite des Vorsorgeprinzips als Rechtsprinzip beim Unfall des Kernkraftwerks Fukushima Nr. 1 am 11.3.2011. Wie am Anfang gesagt, hat der Betreiber des Kernkraftwerks kurz nach dem Unfall diesen als „außerordentliches Ereignis" eingeordnet. In Bezug auf das Vorsorgeprinzip ist folgender (Streit-)Punkt wichtig: Hat die Einstufung des Unfalls als „außerordentliches Ereignis" die Bedeutung, dass die Vorbeugungsmaßnahmen ausreichend waren oder nicht? Dabei ist zu klären, welche Vorbeugungsmaßnahmen gegen Kernunfälle mangelhaft gewesen sein könnten.

Nach dem Gesetz für Kernstoffmaterialien usw. gibt es die vom Kernkraftkomitee festgesetzte Sicherheitsrichtlinie, nach der das Funktionieren der betroffenen mechanischen Einrichtungen sogar unter härtesten natürlichen Bedingungen erforderlich ist. Zu solchen Bedingungen gehören nicht nur Erdbeben, sondern auch Hochwasser, Tsunamis, starker Wind, Gefrieren, Schnee etc. Seit das Kernkraftwerk Fukushima Nr. 1 die Erlaubnis zur Errichtung hatte (Ende der 1960er Jahre), wurde die damalige Richtlinie im Zusammenhang mit allen seitherigen durch regelmäßige Untersuchungen verbessert.

Besonders 2006 hat das Kernkraft-Sicherheitskomitee die Richtlinie für den Schutz gegen Erdbeben erneuert. Diese Richtlinie hat unter Berücksichtigung der Erfahrungen durch das starke Erdbeben in Hanshin aus dem Jahr 1995 den Begriff vom „verbleibenden Risiko" eingeführt. Die Einführung dieses Risikos ist für das Vorsorgeprinzip unter zweierlei Gesichtspunkten besonders wichtig. Erstens ermöglicht dies eine Klassifizierung solcher Katastrophen, die als außerordentliche Ereignisse einzustufen sind. Zweitens kann nun mit Hilfe der Wahrscheinlichkeitstheorie besser abgeschätzt werden, welche Sicherheitsmaßnahmen erforderlich sind. So betont auch der Bericht des unabhängigen Untersuchungskomitees für den Unfall im Fukushima Kernkraftwerk, dass die Einführung des Begriffs vom „verbleibenden Risiko" zu einer Veränderung der Kriterien für die Annahme außerordentlicher Ereignisse geführt hat.

Den unvergleichbar großen Unfall hat man am Anfang als „außerordentliches Ereignis" eingestuft. Besonders in Fachkreisen wurde danach die Meinung vertreten, dass unter das Vorsorgeprinzip auch Maßnahmen für die Sicherheit von Kernkraftwerken bei Katastrophen fallen, die „außerordentliche Ereignisse" darstellen. Meines Erachtens hat die Einführung des Vorsorgeprinzips ins Rechtssystem zwar Sicherheitsmaßnahmen gegen außerordentliche Unfälle gefördert, jedoch ist dieses Prinzip auf der praktischen Ebene zu kurz geraten. Als Beispiel dafür können exemplarisch die Regierungsfehler bei den Maßnahmen zur Abwendung des Risikos herangezogen werden. Insbesondere bei einem als „außerordentliches Ereignis" einzustufenden Unfall sind aber die administrativen Einrichtungen für das Abwenden eines Risikos ebenso unerlässlich wie die technischen Einrichtungen.

III. Die Rechtslage des Ausnahmezustands

Durch diese Untersuchung über die wirksame Funktion des Vorsorgeprinzips im Gebiet des Verwaltungsrechts kann man die Notwendigkeit der Vorbeugungsmaßnahmen gegen „außerordentliche Ereignisse" oder Ausnahmezustände erkennen. Und nicht nur im gegenwärtigen Umweltrecht, sondern auch im allgemeinen Staatsrecht hat der Ausnahmezustand eine fundamentale juristische Bedeutung. Dabei müssen wir die Unterschiede jedes Ausnahmezustandes feststellen, weil jeder eine andere Rechtslage hat.

1. Staatsrechtliche Bedeutung des Ausnahmezustands

Man findet das berühmte Zitat „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet" in *Carl Schmitts* „Politischer Theologie"(1922). Er betont die grundlegende Bedeutung des Ausnahmezustands in Bezug auf die Souveränität des Staates. Nach der „Politischen Theologie" wird dasjenige abstrakte Schema zwar traditionell aufgestellt, das besagt, dass Souveränität die höchste, nicht abgeleitete Herrschermacht ist. Aber „es kann weder mit subsumierbarer Klarheit angegeben

werden, wann ein Notfall vorliegt, noch kann inhaltlich aufgezählt werden, was in einem solchen Fall geschehen darf, wenn es sich wirklich um den extremen Notfall und um seine Beseitigung handelt". Die fundamentale Bedeutung der Souveränität besteht in der konkreten Macht den Ausnahmezustand zu überwinden. Der Souverän „entscheidet sowohl darüber, ob der extreme Notfall vorliegt, als auch darüber, was geschehen soll, um ihn zu beseitigen. Er steht außerhalb der normal geltenden Rechtsordnung und gehört doch zu ihr, denn er ist zuständig für die Entscheidung, ob die Verfassung in toto suspendiert werden kann".

Selbstverständlich gibt es auch eine Schmitts Souveränitätstheorie entgegenstehende Lehrmeinung. Wie *Schmitt* selbst bemerkt, gehen „alle Tendenzen der modernen rechtsstaatlichen Entwicklung dahin, den Souverän in diesem Sinne zu beseitigen". Diese Tendenzen zeigen rechtspositivistisches Begreifen, das das Recht vom Politischen ausschneidet und zu einem selbstständigen, aber unrealen Wesen ausmacht. Meines Erachtens kann man dieser Lehrmeinung nicht zustimmen, weil die Rechtsordnung einer bestimmten politischen Herrschermacht als Vorbedingung bedarf. Aber eine Frage entsteht hier: ob der Souverän gegen alle Ausnahmezustände einschließlich eines aus einem natürlichem Unglück entstandenen Unfall gleicherweise vorgehen oder nicht. Diese Frage hat *Schmitt* ein Jahr vor seiner „Politischen Theologie" beantwortet.

2. Souveräne und kommissarische Diktatur

Nach Schmitts „Die Diktatur"(1921) kann man Diktaturen in zwei Arten einteilen, nämlich die souveräne und die kommissarische Diktatur. Die Autorität, die mit Herrschermacht den souveränen Diktator beauftragt, ist die der Verfassung gegebene Macht. Dagegen ist dieselbe beim kommissarischen Diktator die von der Verfassung gegebene Macht. Der Staat, der dem kritischen Notfall begegnet, gibt diesem Diktator Vollmacht, um ihn zu vermeiden. Deshalb kann diese Vollmacht dahin reichen, bis zur Beseitigung der Krise sogar das verfassungsmäßige subjektive Recht zu suspendieren. Demgegenüber ist die souveräne Diktatur zeitlich unbeschränkt, weil der Souverän das System der Diktatur zur Festsetzung der Grundlage seiner Staatsidee benutzt.

Diese Lehre bietet uns zwei Stufen der Diktatur an, die vor und nach der Verfassung entstehen können. Wir können die Diktatur vor der Verfassung, das heißt die souveräne Diktatur, als die erste Diktatur, und die Diktatur nach der Verfassung, das heißt die kommissarische Diktatur, als zweite Diktatur bezeichnen. Auf der Ebene der zweiten Diktatur, wie oben gesagt, ist die Vollmacht des Diktators bis zur Beseitigung der Krise zeitlich beschränkt. Dabei kann man feststellen, dass Einführung dieser Beschränkung unter dem Ziel der zweiten Diktatur zum Schutz der festgesetzten Verfassung verständlich ist. Die zweite Diktatur ergreift unter Umständen verfassungswidrige Gegenmaßnahmen gegen einen Ausnahmezustand um die verfassungsmäßige Sachlage wiederherzustellen.

In diesem Kontext ist es bemerkenswert, was der Ausnahmezustand für Schmitt bedeutet. Er schreibt, dass alle Diktaturen Ausnahmen von Normen enthalten. Deswegen meint dieser Ausnahmezustand auch eine Sachlage der Normwidrigkeit und typische Beispiele dafür sind ein Kampf gegen einreisende Feinde aus dem Ausland und die Niederschlagung von inneren Aufständen. Bei Überlegungen zu diesen Beispielen gibt es hier die Ausnahme von Normen durch normwidrige Taten. Unter dem verwaltungsrechtlichen Ausnahmezustand wird die Ausnahme von Normen dagegen durch natürliche Katastrophe herbeigeführt. Aber Maßnahmen können in beiden Fälle in verfassungsmäßig geschützte Menschenrechte eingreifen. Das bedeutet eine Verletzung des Rechts zum Schutz des Rechts.

IV. Ausnahme und Norm

Nach *Schmitt* bedarf der Ausnahmezustand der Diktatur, deren zwei Arten man wie oben erläutert, vor und nach Verfassungsgebung finden kann. Dabei scheint der Ausnahmezustand außerhalb der Norm hier die Rechtsnorm zu meinen. Aber die zweite Diktatur nach der Verfassung hat eine bestimmte Beziehung zu dieser Rechtsnorm, die man darin sehen kann, dass die Verfassung oder das Gesetz unter ihr den Diktator mit Gegenmaßnahmen zum Schutz der Verfassungsordnung beauftragen, wobei er trotzdem Vollmacht hat, unter Umständen verfassungswidrig handeln zu dürfen. Dieser Zustand ist Ausnahme unter der Norm, demgegenüber ist der Zustand vor der Verfassung eine Ausnahme außerhalb der Norm.
Dass der Ausnahmezustand, den Schmitt untersucht hat, strafrechtlich ist, ergibt sich aus seinen Beispielen. Aber nicht nur der souveräne, sondern auch der kommissarische Diktator unterwirft sich nicht den Strafgesetzen. Zwar enthalten die Strafgesetze der meisten Staaten Tatbestände der inneren Unruhe, des Aufstands und so weiter, aber der kommissarische Diktator (geschweige denn der souveräne Diktator) hat als die zweite Art von Diktatoren sogar unter der Verfassungsordnung Vollmacht, alle Maßnahmen gegen Notstand ungeachtet des strafrechtlichen binomischen Schemas von Tatbestand und Strafe zu treffen.

Wenn dem so ist, müssen wir dann überlegen, welche Rechtsnatur verwaltungsrechtliche Gegenmaßnahmen gegen einen Ausnahmezustand treffen. Zunächst kann man feststellen, dass wie die strafrechtlichen Gegenmaßnahmen diese auch nicht zum Verwaltungsgesetz gehören. Das Subjekt, das beide Arten von Maßnahmen treffen kann, kann gleichzeitig souverän oder kommissarisch, präventiv oder nachträglich tätig sein. Aber die Maßnahmen in verwaltungsrechtlicher Richtung neigen dazu, kommissarisch und präventiv zu sein, wie bei einem typischen Fall des Vorsorgeprinzips. In Bezug auf ein Kernkraftwerk, wie anfangs gesagt, ermächtigt ein bestimmtes Gesetz einen bestimmten Beamten, präventive Maßnahmen gegen einen möglichen Ausnahmezustand zu treffen. Dabei ist es problematisch, diesen Fall als kommissarische Diktatur zu verstehen, weil der

Ausnahmezustand als Vorbedingung in die Rechtsnorm eingebettet und normiert wird. Allgemein gesagt: wenn man diese präventiven Maßnahmen aufgrund des Vorsorgeprinzips als rechtswidrig, insbesondere verfassungswidrig wegen der Verletzung der Menschenrechte begreift, kann man sie als kommissarische Diktatur billigen. Nach meiner Meinung zur japanischen Rechtsordnung – weil diese Ordnung, wie schon gesagt, das Vorsorgeprinzip bis zu einem gewissen Grad aufnimmt erfolgt eine solche Maßnahme nicht im Ausnahmezustand, sondern im „Normzustand".

V. Schlusswort

Wir haben gesehen, dass aus fundamentalen, die Souveränität des Staates aufnehmenden Gesichtspunkten, eine Rechtsordnung sich stufenweise konstruiert. Nach dieser Auffassung gibt es drei Stufen. Die niedrigste Stufe bei politischen Tatsachen ist das Gebiet mit der Herrschaft des souveränen Diktators, der gleichzeitig als verfassunggebende Macht durch seine Maßnahmen das Fundament der Rechtsordnung darstellt. Die nächste Stufe betrifft die Herrschaft des kommissarischen Diktators, der unter gesetzlicher Beauftragung jedoch die Vollmacht inne hat, gesetzmäßige und verfassungsmäßige Maßnahmen treffen zu können, wo je nach der Auslegung der Verfassung das Gebiet seiner Herrschaft sich verändert oder endet. Die dritte Stufe ist das Gebiet der legalen Herrschaft, nämlich der normalen Exekutivgewalt.

Schließlich möchte ich noch zwei Punkten Beachtung schenken. Erstens müssen wir wissen, dass die Theorie der Diktatur für die liberalistische Demokratie gefährlich ist, wie man an Schmitts Lehrmeinungsgeschichte erkennen kann. Zwar ist die Theorie der Souveränität neutral hinsichtlich Liberalismus und Diktatur, aber die Betonung der Ausnahme im Gegensatz zur Norm führt zur Förderung der Diktatur. Zweitens ist es auf der andern Seite auch gefährlich, wenn das Rechtssystem gegenüber Ausnahmezuständen gleichgültig ist. Unter diesem System wird der Staat sich in Maßnahmen gegen Ausnahmezustand irren und leicht in Verwirrung geraten.

Verfassungsrechtliche Direktiven für die Risikoprävention*

Werner Heun

I. Einleitung

In einem modernen Verfassungsstaat stellt sich das Problem, dass sowohl Sicherheit als auch Freiheit garantiert werden müssen, die in einer allgemein anerkannten Spannung zueinander stehen. In der historischen Entwicklung hatte zunächst die Sicherheit Priorität.[1] Vor dem Hintergrund der Bürgerkriege vor allem in Frankreich und in England erklärte Thomas Hobbes die Sicherheit zur Hauptfunktion eines Staatswesens. Die Sicherung der Freiheit war in dieser Konzeption ursprünglich jedenfalls kein Teil der Staatsfunktion. Das ändert sich erst in der The-

* Der Vortrag beruht in wesentlichen Teilen – auch unter wörtlicher Übernahme einzelner Passagen – auf dem Beitrag „Staatliche Risikosteuerung und Verfassung“, in: Rechtswissenschaft (2/2011), S. 376-399; dort auch zahlreiche weitere Nachweise; die folgenden Fußnoten beschränken sich auf rudimentäre Hinweise.

[1] Historischer Überblick bei *W. Conze*, Sicherheit, Schutz, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 5, 1984, S. 831 ff.

orie von John Locke, der einerseits auch Sicherheit als zentrales Element eines einheitlichen Staatsziels, des „peace, safety and public good of the people" ansieht, die allerdings ihrerseits wiederum die zentralen Werte und Staatszwecke von *life*, *liberty* und *property* konkretisieren. Damit wird die Spannung von Freiheit und Sicherheit im Ansatz jedenfalls Bestandteil politischer Theorie. Andererseits bleibt im 18. Jahrhundert bis zu den Revolutionen in Amerika und Frankreich eine weit verstandene Wohlfahrt und die Glückseligkeit der Bürger das Ziel eines zu umfassender Fürsorge verpflichteten Staates. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts löst der Liberalismus in Abwehr einer umfassenden Wohlfahrtsfunktion eine Gegenbewegung aus und betont vorrangig den Gedanken der Freiheit in politischer und wirtschaftlicher Hinsicht. Dabei wird die öffentliche Sicherheit auf ihren Kern und auf den Gedanken der Sicherung von Rechtsstaatlichkeit reduziert. Freilich erkennt selbst Wilhelm von Humboldt die innere Verknüpfung und Verbindung von Sicherheit und Freiheit an, wenn er bemerkt, dass es ohne Sicherheit keine Freiheit gibt.[2] Freilich bleibt der Staat auf die Aufgabe der Sicherheitsgewähr im Sinne des Nachtwächterstaates reduziert. Am Ende des 19. Jahrhunderts und dann mit voller Macht im 20. Jahrhundert setzt erneut ein Prozess der Ausweitung der Staatsaufgaben und damit eine neue Verhältnisbestimmung zwischen Sicherheit und Freiheit ein. Nunmehr wird die soziale Sicherheit zu einem maßgebenden Staatsziel.

Im heutigen Verfassungsrecht ist das Verhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit gegenüber der ursprünglichen Konzeption von Thomas Hobbes umgekehrt worden. Vorrang beansprucht die Freiheit, nicht die Sicherheit. Jede Beschränkung der Freiheit, jeder Eingriff in die Freiheitsrechte erfordert eine Rechtfertigung und das gilt insbesondere auch dann, wenn der Eingriff des Staates im Interesse der Sicherheit erfolgt. Dieser Vorrang der Freiheit wird durch das System der Grundrechte im deutschen Grundgesetz garantiert und kann auch mit Hilfe der Verfassungsgerichtsbarkeit durchgesetzt werden.

Das Verhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit ist ein wesentliches Element demokratischer Legitimität, die Voraussetzung und Basis des modernen demokratischen Verfassungsstaates ist.[3] Demokratische Legitimität, die als soziale Anerkennung, als gerechtfertigt zu verstehen ist, beruht auf drei grundlegenden Erfordernissen. Sie bedarf erstens eines gewissen Maßes an Leistungen und Leistungsfähigkeit des Staates, zu denen vor allem und in erster Linie die Gewährleistung von Sicherheit gehört, zweitens effektive Garantien individueller Freiheitssphären durch verschiedene Formen der Herrschaftsbegrenzung und drittens demokratischer Partizipation. Ausgangspunkt ist zum einen die Idee individueller Freiheit und Gleichheit und zum anderen die Vorstellung, dass individuelle Autonomie auch nur in einem System von Herrschaft realisiert werden kann, das Mechanis-

---

[2] *W. v. Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Kap. IV.

[3] Vgl. näher *W. Heun*, Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 2012, S. 32 ff.

men der Konfliktlösung und Streitschlichtung bereitstellt, gegenüber äußeren Anfeindungen und Angriffen schützt sowie ein Minimum an öffentlicher Infrastruktur garantiert. Insbesondere Sicherheit in der Form des inneren und äußeren Friedens, aber auch Gerechtigkeit ist ohne bindende und zwangsweise durchsetzbare Kollektiventscheidungen nicht vorstellbar. Alle drei Elemente stehen in einem Spannungsverhältnis, das auch Ausdruck in dem Gegensatz von Sicherheit und Freiheit findet. Dies bedeutet umgekehrt, dass Risikoprävention letztlich auch diese drei unterschiedlichen, einander widersprechenden Erfordernisse zu beachten hat, die in verschiedenem Maß und verschiedenen Formen im Verfassungsrecht verankert sind.

II. Risikoprävention als Staatsaufgabe

Sicherheit kann durch den Staat mit zwei verschiedenen Methoden gewährleistet werden, entweder durch Repression oder durch Prävention. Dabei kann Repression durchaus präventive Effektive haben, aber im Hinblick auf die unterschiedlichen Formen des Staatshandelns sind Repression und Prävention kategorial verschieden. Sie können klar unterschieden werden und werden zudem auch durch unterschiedliche Institutionen, jedenfalls grundsätzlich, wahrgenommen. Soweit der Staat die Wahl hat zwischen Repression und Prävention, ist er verfassungsrechtlich verpflichtet, in erster Linie präventiv vorzugehen. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit einen Vorrang der Prävention begründet.[4]

Angesichts der Themenstellung kann die Repression im Weiteren außer Acht gelassen werden. Vielmehr steht die Prävention hier im Zentrum. Prävention wird rechtlich wiederum zwischen zwei verschiedenen Formen aufgeteilt, nämlich zwischen Gefahrenabwehr und Risikoprävention. Juristisch wird unter dem Begriff der Gefahr, der im deutschen Polizeirecht im 19. Jahrhundert entwickelt worden ist, üblicher Weise eine Situation oder Bedingung verstanden, bei der im konkreten Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird.[5] Da die öffentliche Sicherheit in diesem Kontext die gesamte Rechtsordnung umfasst und zwar die objektive Rechtsordnung ebenso wie die Rechte des Einzelnen und die Einrichtungen des Staates, bedeutet jede Verletzung eines öffentliche Interessen schützenden Rechts zugleich eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit. Eine konkrete Gefahr, die durch die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts aus der Sicht der handelnden Behörde definiert ist, ermächtigt die staatlichen Behörden dazu, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, und gegebenenfalls verpflichtet es sie auch dazu. Letztlich rechtfertigt so jede Gefahr einer Verletzung öffentlicher Interessen ein staatliches Eingreifen.

[4] BVerfGE 39, 1 (44).

[5] Z.B. § 2 Nr. 10 Nds. SOG; *V. Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl. 2008, § 4 Rn. 1 ff.

Dem klassischen Konzept der Gefahr und Gefahrenabwehr wurde in der neueren Entwicklung im deutschen Recht der Begriff des Risikos gegenübergestellt, weil die herkömmliche Gefahrenabwehr nach polizeirechtlichen Grundsätzen zunehmend als unzureichend angesehen wurde, da die moderne Technik, insbesondere der Betrieb von Atomkraftwerken, zu katastrophalen Schäden führen kann, obwohl der Eintritt des Schadensfalls äußerst unwahrscheinlich ist. Diese Risikokategorie wird daher im Englischen prägnant als *low probability, high consequence risk* bezeichnet. Insofern wird das Konzept der Gefahrenabwehr durch das weitere Konzept der Risikovorsorge ergänzt. Dabei wird Risiko rechtlich definiert als ein Produkt des hohen Ausmaßes des erwarteten Schadens und der geringen Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts. Die maßgebende Differenz zur konkreten Gefahr im Sinne des Polizeirechts ist allein und ausschließlich die wesentlich geringere Eintrittswahrscheinlichkeit.[6] Deshalb gewichtet der Risikobegriff Schaden und Wahrscheinlichkeit anders als der Begriff der Gefahr. Darüber hinaus wird das Risiko in ein dreistufiges Modell abnehmender Schadenswahrscheinlichkeit eingeordnet, das zwischen Gefahr, Risiko und Restrisiko differenziert. Die drei Kategorien werden nach dem Wahrscheinlichkeitsgrad voneinander abgegrenzt und lösen verschiedene Rechtsfolgen aus. Eine konkrete Gefahr ist nämlich prinzipiell abzuwehren, Risiken sind im Sinne der Risikovorsorge zu minimieren, während das Restrisiko von den Bürgern hinzunehmen ist. Hier gilt, dass das Restrisiko so gering ist, dass der Bürger nicht verlangen kann, dass es auch noch beseitigt wird. Verfehlt ist es dagegen, den Risikobegriff durch die Möglichkeit des Schadenseintritts als Definitionsmerkmal zu umschreiben und ihn auf diese Weise vom Gefahrenbegriff, der weiterhin durch die Wahrscheinlichkeit definiert sein soll, abzuheben.[7] Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit sind nämlich prinzipiell dasselbe, da Wahrscheinlichkeit lediglich das Maß der Möglichkeit darstellt.

Rechtlich wird das Risiko bisher im Wesentlichen auf das Recht der technischen Sicherheit beschränkt, wie übrigens auch der Begriff der Risikogesellschaft[8] sich nur auf diese technischen Risiken in erster Linie bezieht. Risiko ist jedoch ein Problem von sehr viel größerer Reichweite, das die Grenzen des technischen Risikokonzepts weitgehend und deutlich überschreitet. Technische Risiken stellen sich lediglich als ein Teilbereich von Risiko dar. Risiko in diesem Sinne setzt erstens eine Ungewissheit über die Zukunft voraus und zweitens die Möglichkeit eines irgendwie gearteten Schadenseintritts sowie auch meistens die Möglichkeit eines Gewinns oder anderer positiver Entwicklungen.[9] Kennzeichnend für diesen Risikobegriff ist sein enger Zusammenhang mit einer mathematischen Wahrscheinlichkeitsberechnung und bestimmten Einstellungen und Haltungen der Menschen

[6] Ursprüngliche Definition BMFT (Hrsg.), Deutsche Risikostudie Kernkraftwerke 1979, Hauptband, S. 10 ff.
[7] So *O. Lepsius*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht, VVDStRL 63 (2004), S. 264ff. (268 ff.)
[8] *U. Beck*, Risikogesellschaft 1986, S. 25 ff.
[9] Zu diesem weiten Risikobegriff auch *D.A. Moss*, When All Else Fails. Government as the Ultimate Risk Manager, 2002, S. 22 ff.

gegenüber Risiken, zu denen etwa das Phänomen der Risikoaversion[10] gehört und dabei die Tatsache eine Rolle spielt, dass die einzelnen Verluste höher als Gewinne gleicher Größenordnung bewertet werden. Außerdem ist die Akzeptanz von Risiken generell wesentlich höher, wenn das Risiko freiwillig übernommen wird, als wenn das Risiko dem Einzelnen zwangsweise auferlegt wird.[11]

III. Methoden und Instrumente der Risikosteuerung

Gefahrenabwehr gehört zu den klassischen Staatsaufgaben. Die Instrumente und Methoden der Gefahrenabwehr sind daher bekannt. Sie entstammen im Kern bereits dem Polizeirecht des 19. Jahrhunderts. Es wird allgemein angenommen, dass Risikovorsorge demgegenüber eine wesentliche Erweiterung der Staatsaufgaben und Staatseingriffe beinhaltet und das staatliche Handeln in erheblichem Maße bereits auf einen früheren Zeitpunkt vorverlagert, indem Risikovorsorge betrieben wird, noch lange bevor das Risiko sich zu einer konkreten Gefahr verdichtet hat. Freilich wird der tatsächliche Effekt der Ausweitung und Vorverlagerung staatlichen Handelns oftmals übertrieben und überschätzt. Außerdem ist diese Perspektive noch ganz auf das klassische polizeirechtliche Modell von Gefahrenabwehr und Risikovorsorge begrenzt. Gerade im Hinblick auf einen umfassenderen Risikobegriff ist das Spektrum der Methoden der Risikosteuerung und der Risikovorsorge sehr viel weiter zu ziehen. Grundsätzlich lassen sich drei verschiedene Methoden unterscheiden, Risiken allgemein zu beeinflussen, zu modifizieren und zu mildern.[12]

Die weitreichendste und zugleich verbreitetste Methode ist die allgemeine Vermeidung und Reduzierung von Risiken. Wie Menschen generell versucht der Staat Risiken zu minimieren, indem das erwartete Risiko entweder ganz ausgeschaltet oder jedenfalls substantiell reduziert wird. Dieser Ansatz dominiert auch im Bereich des Öffentlichen Rechts. Die Abwehr konkreter Gefahren kann geradezu als klassisches Modell der Risikoreduzierung angesehen werden. Sicherheitsregulierungen sind das primäre Beispiel für diese Strategie und selbst das Strafrecht, auch wenn es sich der Methode der Repression bedient, kann wahrscheinlich als älteste Methode der Risikoreduzierung durch Regelung verstanden werden. Die Konzentration und fast ausschließliche Ausrichtung auf Risikoreduzierung, die im Öffentlichen Recht vorherrscht, übersieht jedoch, dass Risiken und Verluste häufig unvermeidlich sind. In diesen Fällen versagt das Konzept der Risikosteuerung durch Risikoreduktion in weitem Maße, wenngleich nicht vollständig, so dass auf andere Methoden zurückgegriffen werden muss.

---

[10] *K.J. Arrow*, The Theory of Risk Aversion (1965), in: ders., Essays in the Theory of Risk-Bearing, 1971, S. 90 ff.
[11] *C. Starr*, Social Benefit versus Technological Risk, Science 165 (1969), S. 123 ff.
[12] Vgl. grundlegend *Moss*, All (Fn. 9), S. 17 ff.

Eine verbreitete Methode, wenngleich im Zusammenhang mit der Risikovorsorge bisher wenig thematisiert, ist es, Risiken neu zuzuweisen. Grundsätzlich gibt es zwei Methoden dieser Reallokation, die sich gegenseitig ergänzen. So ist es möglich, schlicht und einfach Risiken zu verlagern oder das Risiko auf breitere Schultern zu verteilen. Die klassische Methode der Risikoverlagerung sind Haftungsregeln, in denen z.B. die Haftung für eventuelle Schäden und Risiken vom Verkäufer auf den Käufer und vom Produzenten auf den Konsumenten oder umgekehrt verlagert werden. Diese Risikoverlagerung kann nicht nur durch privatrechtlichen Vertrag zwischen den Marktteilnehmern, sondern vor allem auch durch staatliche Gesetze vorgeschrieben werden. Dahinter steckt unter Umständen auch der Zweck der Risikoreduzierung, da die Risikoverlagerung dazu dienen kann, das einflussreichere oder finanzkräftigere Rechtssubjekt infolge der Überbürdung der Risikolast dazu zu veranlassen, das Risiko zu reduzieren. Auch Methoden der Risikodiversifizierung, die das Risiko in der Zeit oder zu anderen Risikoträgern verlagern, lassen sich dieser Methode zuordnen.

Schließlich ist es denkbar, Risiken zu verteilen. Das ist insbesondere dann sinnvoll oder sogar notwendig, wenn die Risiken zumindest statistisch unvermeidlich sind. Das Risiko ist dann meist gut bekannt und kann auch ökonomisch eingeschätzt werden. Insofern lässt es sich durch Versicherungen oder auch durch eine entsprechende Portfolioauswahl diversifizieren und verteilen. Entscheidend ist, dass Risikoverteilung das aggregierte oder totale Gesamtrisiko insgesamt nicht reduziert, wohl aber das individuelle Risiko vor allem ökonomisch auffängt. Die Strategie der Risikoverteilung zwischen verschiedenen Personen ist das Grundprinzip aller Versicherungen bis heute. Dabei werden Versicherungen weitgehend privatwirtschaftlich und privatrechtlich organisiert, häufig stellt aber auch der Staat Versicherungen bereit, wofür der Typus der Sozialversicherung das klassische und bekannteste Beispiel darstellt.

Insgesamt lässt sich insoweit feststellen, dass der Staat nicht nur polizei- und ordnungsrechtlich im Sinne einer Risikoreduzierung eingreift, sondern auch durch eine Risikoverlagerung und Risikoverteilung in vielfältiger Weise versucht, Risiken beherrschbar zu machen und seiner Aufgabe nachzukommen, Risikovorsorge zu betreiben.

IV. Die Rolle des Staates als ultimativer Risikomanager

In einer modernen Marktgesellschaft wachsen dem Staat bestimmte Aufgaben der Risikosteuerung zu, denen er schon aufgrund seiner rechts- und sozialstaatlichen Funktionen nicht ausweichen kann. Ökonomisch und politiktheoretisch betrachtet, gilt in einem freien, demokratischen Verfassungsstaat freilich ein Vorrang privater Regelung und Risikosteuerung. Risikosteuerung und Risikovorsorge sind zunächst einmal vornehmlich eine Aufgabe für den einzelnen Bürger, für privatrechtliche Organisationen oder den Markt als Steuerungsinstrument ganz allge-

mein. Jeder einzelne Bürger hat ein Interesse an Risikovorsorge und Risikosteuerung, das er durch private Abwehrmaßnahmen, private Verträge bis hin zu privaten Versicherungen erfüllen kann. Jedoch arbeitet der Markt nicht perfekt, vielmehr ist Marktversagen ein allgegenwärtiges Phänomen. Zahlreiche Formen des Marktversagens sind auch spezifisch risikobezogen.

Die wichtigsten Fälle derartigen Marktversagens sind asymmetrische Informationssituation, Wahrnehmungsprobleme, Verpflichtungsprobleme sowie sogenannte Externalitäten. So beruhen die Phänomene nachteiliger Auswahl (adverse selection) darauf, dass insbesondere Versicherungsnehmer ihre Risiken besser kennen als die Versicherer[13], und das Problem des *moral hazard* bedeutet, dass die Erhöhung von Schadenswahrscheinlichkeiten durch eigenes Verhalten zu Schadensfolgen bei Dritten oder der Allgemeinheit führt.[14] Beides sind Fälle asymmetrischer Information, während insbesondere im Fall von Katastrophen oder von Unglücksfällen, die nicht vorhersehbar sind und extreme hohe Kosten verursachen, eine Versicherung des Risikos am Markt kaum möglich ist. Irrationales Verhalten beruht häufig allerdings auch auf Wahrnehmungsproblemen. Insbesondere die Neigung zur Risikoaversion, aber auch zur Vermeidung von Unklarheit und Unsicherheit führen zu inkonsistenten Entscheidungen. Risikoeinschätzung beruht häufig auf ausgeprägten Vorurteilen wie der Risikoaversion, des Vorrangs verfügbarer Informationen, der Überbewertung neu entdeckter Risiken und öffentlich bekannter Risiken, eines überzogenen Optimismus im Hinblick auf die Einschätzung persönlicher eigener Risiken sowie völlige Fehleinschätzungen von Risiken von extrem niedriger Wahrscheinlichkeit, aber mit hohen Schadensfolgen. Unter Verpflichtungsproblemen[15] versteht man solche Fälle des Marktversagens, in denen beispielsweise die Bürger antizipieren, dass der Staat finanziell einspringen wird. Ebenfalls in diese Kategorie fällt die Tatsache, dass es keine bindende Verpflichtung zukünftiger Generationen durch gegenwärtige Marktteilnehmer gibt und bestimmte Risiken zu einem bestimmten Zeitpunkt im Zeitablauf nicht diversifiziert werden können. Ein massiver Nuklearkrieg ist ebenso wenig durch den Privatsektor versicherbar wie die negativen Folgen makroökonomischer Konjunkturverläufe. Auch die Möglichkeit zur Insolvenz kann kraft gesetzlicher Regelungen nicht ausgeschlossen werden. Schließlich ist Humankapital in modernen Verfassungsstaaten unveräußerlich, weil der Einzelne sich nicht in die Sklaverei oder Schuldknechtschaft verkaufen darf, so dass Humankapitalrisiken letztlich nur durch den Staat im Wege der Sozialversicherung aufgefangen und diversifiziert werden können. Ein letztes Moment stellen die Externalitäten dar. Vielfach werden Risiken auf die Allgemeinheit verlagert, was durch den Staat wiederum kompensiert werden muss. Risiken durch Umweltverschmutzung oder durch die Betei-

---

[13] *H. Gravelle*, Insurance Law and Adverse Selection, Int. Review of Law and Economics 11 (1991), S. 23 ff.

[14] *T. Baker*, On the Genealogy of Moral Hazard, Texas Law Review 75 (1996), S. 237 ff.

[15] *Moss*, All (Fn. 9), S. 45 ff.

ligung des Einzelnen am Straßenverkehr werden dementsprechend durch Umweltregelungen ebenso wie durch eine Zwangsversicherung für Kraftfahrzeuge aufgefangen. Risiken durch die Konjunkturentwicklung bis hin zu einer Finanzpanik, die ein systemisches Risiko des Finanzsystems darstellt, müssen so weit wie möglich verhindert werden.

Insoweit kommt es entscheidend auf den Staat an, der von den engen Bindungen der marktwirtschaftlichen Ordnung durch seine spezifischen Eigenschaften und Funktionen teils unberührt, teils jedenfalls partiell befreit ist. Im Gegensatz zu den einzelnen Marktbürgern und Marktteilnehmern verfügt der Staat über das Gewaltmonopol, das ihn dazu befähigt, durch rechtliche Regelungen wie ihre zwangsweise Durchsetzung den Einzelnen zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen. Daneben treten seine ökonomischen Möglichkeiten der Besteuerung, der Geldschöpfung und als ihre Konsequenz die spezifische Kreditfähigkeit des Staates. Außerdem verfügt der Staat über einen weitreichenden bürokratischen Apparat mit hoher Problemlösungskapazität. All dies erhebt ihn zum „*ultimate risk manager*".[16]

Risikoreduzierung und Risikovorsorge durch das Recht und seine Durchsetzung stellen klasssische Staatsfunktionen im Rahmen der überkommenen Polizeigewalt dar. Vielfältige Aktivitäten erfüllen diese Aufgabe. Die Reduzierung kollektiver Risiken ist darüber hinaus eine natürliche und selbstverständliche Verpflichtung des Staates. Der Staat spielt aber auch eine ganz entscheidende Rolle bei der Verlagerung und Verteilung von Risiken. Seine Regelungs- und Rechtssetzungsgewalt kann die gegenwärtigen Bürger wie zukünftige Generationen zwingen, sich an Versicherungssystemen zu beteiligen oder staatliche Versicherungen für die Bürger unmittelbar begründen, einrichten und aufrechterhalten. Der Staat kann averse Selektion bekämpfen, indem er eine breite Partizipation erzwingt und den Austritt von Versicherungsnehmern mit guten Risiken aus den jeweiligen Versicherungssystemen verbietet. Der Staat fungiert in einem gewissen Umfang sogar unmittelbar als eine Versicherung gegen hohe Risiken wie Krieg oder natürliche Katastrophen. Grundlage ist die ökonomische Macht und Finanzierungsfähigkeit des Staates sowie seine Möglichkeit, auch zukünftige Generationen zu besteuern, so dass gelegentlich sogar Steuern als staatliche Versicherungsabgabe gerechtfertigt werden. Auch die Möglichkeit von Zentralbanken, als *lender of last resort* den Geschäftsbanken Finanzmittel zur Verfügung zu stellen, und ihre Funktionen der Geldschöpfung wirken wie eine Versicherung. Der Staat kann ebenfalls sogenannten *moral hazard* besser als private Marktteilnehmer kontrollieren und überwachen, indem er sich kraft seiner Polizei und strafrechtlichen Kompetenzen zwangsweise Zugriff auf die Informationen der privaten Akteure verschafft. Fehleinschätzungen von Risiken als Folge von Wahrnehmungsproblemen kann der Staat dadurch entgegenwirken, dass die betreffenden Informationen zur Verfügung gestellt werden, die Bürger zum Erwerb der betreffenden Versicherungen gezwungen wer-

[16] *Moss*, All (Fn. 9), S. 49 ff.

den, wie etwa bei der Kfz-Versicherung oder der obligatorischen Sozialversicherung gegen Arbeitslosigkeit. Eine wichtige Funktion des Staates besteht ferner darin, risikobezogene Externalitäten zu internalisieren, indem er die Verantwortlichen zum Regress verpflichtet oder das betreffende Verhalten oder Vorgehen besteuert oder äußerstenfalls strafrechtlich sanktioniert. Auch kann der Staat Risiken verlagern, indem er entsprechende Haftungsregeln erlässt, um die zur Risikoreduktion zu verpflichten, die dazu besonders befähigt sind. Die traditionelle Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht spielt in dieser Hinsicht keine Rolle. Allenfalls muss er sich des öffentlichen Rechts bedienen, wenn der Staat selbst die Durchsetzung kraft eigener Initiative übernehmen will.

Der Staat kompensiert allerdings nicht nur Marktversagen, sondern ist selbst eine Quelle der Fehlsteuerung, was als Staatsversagen bezeichnet wird.[17] In dieser Hinsicht lassen sich verschiedene Formen risikobezogenen Staatsversagens beobachten. Staatliche Regulierung durch Recht und seine Durchsetzung erzeugen Kosten, die die Kosten des Risikos übersteigen können, auch können dadurch andere Risiken erhöht werden. Wahrnehmungsprobleme können ebenso die Bürokratie oder den Staat als solchen treffen. Experten neigen zu Selbstüberschätzung wie der normale Bürger auch. Demokratische Verantwortlichkeit politischer Entscheidungsträger kann die Übertragung der Wahrnehmungsprobleme der allgemeinen Bevölkerung in die staatliche Sphäre bewirken und als Konsequenz entsprechende verfehlte Forderungen nach einer Reduzierung und Regulierung dieser Risiken auslösen. Sogar eine Instrumentalisierung der Wahrnehmungsprobleme aus politischen Gründen ist denkbar, wobei Sicherheitsgesetze und Atomausstiege schlagende Beispiele einer Mixtur aus problematischer Risikoeinschätzung und politischer Instrumentalisierung darstellen. Auch zieht positives Handeln des Staates eher Kritik auf sich als Untätigkeit. Der politische Prozess neigt oft zu der Konzentration auf worst case-Szenarien, die aber wenig realistisch sind. Insgesamt hängt die Wahrnehmung der Risiken durch die Bevölkerung und die daraus resultierende Risikosteuerung durch den Staat sehr stark von dem fragilen Vertrauen in die Experten und in die Staatsgewalt ab. Häufig ist schließlich Risikoreduzierung durch den Staat ineffizient. Haftungsregeln können Marktmechanismen verzerren und Versicherungen können den *moral hazard* fördern.

Insgesamt zeigt sich, dass in umfassender Form die verschiedenen Formen des Marktversagens einerseits und des Staatsversagens andererseits im Rahmen der Risikosteuerung bedacht und abgewogen werden müssen. Staatliche Risikosteuerung ist einerseits unverzichtbar in einer Marktwirtschaft, Staatsversagen ist aber ebenso unvermeidlich und muss insoweit auch in Betracht gezogen werden.

[17] Vgl. allg. *C. Wolf*, Markets or Governments, Choosing between Imperfect Alternatives, 2. ed. 1993, S. 59 ff.

V. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Risikosteuerung und Risikovorsorge

In einer Marktwirtschaft beanspruchen private Risikosteuerung und Risikovorsorge, sei es durch die einzelnen Bürger, juristische Gesellschaften oder den Markt als solchen, Priorität. Der Staat greift nur ersatzweise und kompensatorisch ein. Dasselbe gilt auch im Verfassungsrecht. Das Grundgesetz garantiert praktisch grundrechtlich den Vorrang des Einzelnen und damit die private Risikovorsorge. Das beruht entscheidend auf den Freiheitsrechten des Grundgesetzes, die eine rechtliche Vermutung dafür begründen, dass die einzelnen Bürger und Privatrechtssubjekte die Risiken selbst tragen und die Risikosteuerung eigenverantwortlich übernehmen müssen. Private können selbst Risiken reduzieren, verlagern und verteilen. Das Privatrecht gewährt ein reichhaltiges Instrumentarium. Risikoverlagerungen durch Verträge sowie Risikoverteilung durch alle möglichen Formen privater Versicherung ist allgegenwärtig.

Der Staat kann zwar Risiken reduzieren oder neu zuweisen, verlagern oder verteilen, indem er in die Marktprozesse eingreift, aber jede staatliche Intervention muss durch legitime und plausible Gründe gerechtfertigt werden und zudem die verfassungsrechtlichen Anforderungen beachten, die generell für Eingriffe gelten.[18] Und dazu zählt an erster Stelle naturgemäß das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Schon die klassische Gefahrenabwehr beruht auf einer derartigen Konstruktion der Eingriffsrechtfertigung. Gefahrenabwehr ist freilich zugeschnitten auf einen klassischen Eingriffsbegriff, der durch die Elemente Unmittelbarkeit, rechtliche Anordnung, zwangsweise Durchsetzbarkeit und Finalität gekennzeichnet ist. Insbesondere Risikovorsorge ist dagegen mit einer erheblichen Ausweitung der Interventionen des Staates verbunden, die allerdings auch wiederum nicht überschätzt werden sollte. Zwar resultiert die Erweiterung des klassischen Eingriffsbegriffs, wonach letztlich jede dem Staat zurechenbare, nicht unerhebliche Beeinträchtigung der Grundrechte als Eingriff zu qualifzieren ist[19], nicht in erster Linie aus der Risikovorsorge, sondern aus der Erweiterung der Interventionen des Staates im modernen sozialen Wohlfahrtsstaat, gleichwohl fügt sich aber die Risikovorsorge in diese Erweiterung des Eingriffsbegriffs nahtlos ein. Insbesondere die Erstreckung des Eingriffsbegriffs auf informelle bzw. Informationseingriffe, die wesentlich durch das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts[20] bewirkt worden ist, hat hohe Bedeutung für die Risikovorsorge, da Wissen und Risikoerkenntnisse eine entscheidende Voraussetzung für Risikovorsorge darstellen. Und die Erhebung von Daten, die Beobachtung und Verarbeitung der risikorelevanten Daten durch den Staat stellt sich daher zumindest als Eingriff dar. Die Erweiterung der staatlichen Instrumente und Methoden gerade auch im Bereich der Risi-

[18] Zur Struktur der Grundrechte s. *Heun*, Verfassungsordnung (Fn. 3), S. 224 ff.
[19] Vgl. *E. Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 24 ff.
[20] BVerfGE 65, 1.

kovorsorge wird verfassungsrechtlich jedenfalls durch eine entsprechende Ausweitung des Konzepts des Eingriffs kompensiert.

Eingriffe in die Grundrechte bedürfen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Und das gilt selbstverständlich auch für jede Form der Gefahrenabwehr und Risikovorsorge. Risikoreduzierung und die Zwecke der Risikoreallokation sind zwar allgemeine Gründe des Gemeinwohls, die auch prinzipiell Eingriffe in die Freiheitsrechte rechtfertigen. Allerdings ist der dahinter stehende Gedanke der Sicherheit selbst nicht ausdrücklich im Grundgesetz garantiert, obwohl es sich klassischer Weise um eine der grundlegenden Staatsfunktionen und Staatsaufgaben handelt. Eingriffe zur Gewährleistung der Sicherheit, die durch Risikovorsorge und Gefahrenabwehr erreicht werden sollen, finden insoweit keinen expliziten Anhaltspunkt in der Verfassung. Allenfalls bestimmte Elemente der inneren Sicherheit werden in der Kompetenzvorschrift des Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG erwähnt, was freilich bereits die Frage aufwirft, ob derartige Kompetenzvorschriften überhaupt Eingriffe in Grundrechte rechtfertigen können, was die herrschende Meinung allerdings sogar für die vorbehaltlosen Grundrechte bejaht. Gleichwohl kann diese Kompetenzvorschrift kaum als geeignete Grundlage für Eingriffe in Freiheitsrechte angesehen werden.

Unter den Staatszielbestimmungen kommt darüber hinaus eventuell das Rechtsstaatsprinzip in Betracht, das freilich wiederum nicht spezifisch die Sicherheit schützt. Das Rechtsstaatsprinzip erfordert zweifellos Rechtssicherheit und ganz generell eine Herrschaft des Rechts. Aber der Begriff der Sicherheit in „Rechtssicherheit" meint etwas anderes als die Sicherheit als Staatsaufgabe. Insofern kann auch das Rechtsstaatsprinzip kaum wirklich zur Rechtfertigung für die Gefahrenabwehr und Risikovorsorge herangezogen werden. Am ehesten können sich freilich die Strafverfolgung und Straftatenverhütung verfassungsrechtlich in gewissem Umfang auf das Rechtsstaatsprinzip berufen.

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung für Eingriffe in die Grundrechte im Bereich der Gefahrenabwehr und Risikovorsorge liegt vielmehr in erster Linie, wenn nicht sogar fast ausschließlich, in dem Schutz der Grundrechte Dritter. Vor allem die Rechte des Art. 2 Abs. 2, aber auch Art. 14 GG, bilden die Grundlage für die Maßnahmen der Risikovorsorge, die in die Freiheitsrechte der Bürger eingreifen. Dabei ist es regelmäßig in keiner Weise notwendig, auf die Schutzpflicht zur Begründung zurückzugreifen, obwohl dies immer mehr üblich ist. Für die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Rechte des Bürgers reicht es vielmehr aus, wenn die Gefahrenabwehr und Risikovorsorge dem Schutz der Rechte anderer Bürger dient. Dieser Zweck ist nicht mit einer Schutzpflicht identisch, nur weil das Wort Schutz dort vorkommt. Die Schutzpflicht muss nur herangezogen werden, wenn der Grundrechtsschutz Dritter für den Staat die Pflicht zum Eingreifen begründet. Fast immer geht es aber nicht um diese Pflicht, sondern um die Möglichkeit des Staates, in die Rechte des Bürgers einzugreifen. Insofern haben Maßnahmen der Risikovorsorge wie fast alles Staatshandeln ein Doppelgesicht. Sie

schützen zum einen die Grundrechte des Einzelnen und greifen zugleich in die Grundrechte anderer ein.

Trotz dieser eindeutigen Lage wird neuerdings versucht, der staatlichen Garantie für Sicherheit verfassungsrechtliche Dignität zu verschaffen. So soll sich die staatliche Garantie für die Sicherheit und Ordnung aus einer Zusammenschau einer Vielzahl von Regelungen, Gewährleistungen, Staatsziel- und Strukturbestimmungen ergeben.[21] Die klassische polizeirechtliche Form der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die im Grundgesetz an keiner Stelle auftaucht, wird gleichzeitig zur Staatsaufgabe, zur Staatszielbestimmung und zu einem Grundrecht, alles mit Verfassungsrang, deklariert. Dabei soll sich diese verfassungsrechtliche Garantie der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aus grundrechtlichen Schutzpflichten, Schutzaufträgen zugunsten von Gemeinschaften, verfassungsrechtlichen Gemeinschaftsgütern, dem Rechtsstaatsprinzip und einem Grundauftrag der Sicherung des inneren Friedens erweisen. Freilich soll es sich gleichwohl im Wesentlichen lediglich um ein Staatsziel handeln, das erst der Konkretisierung durch das Recht bedarf. Aber immerhin soll insoweit auch das sogenannte Untermaßverbot, das für Schutzpflichten entwickelt worden ist, gelten. Hiergegen lässt sich jedoch eine ganze Reihe von Einwänden formulieren. Diese verfassungsrechtliche Hochzonung bewirkt trotz ihres hohen Aufwandes, mit dem sie betrieben wird, im Ergebnis eher wenig. Auch wenn die Sicherheit auf diese Weise verfassungsrechtlichen Rang gewinnt, verfügt der Gesetzgeber über weite Spielräume, ohne die er gar nicht sinnvoll agieren kann. Es ist darüber hinaus nicht erkennbar, dass diese Verselbständigung der Sicherheit als Verfassungswert über das bestehende Instrumentarium hinaus überhaupt irgendwelche zusätzlichen Erkenntnisse oder Rechtswirkungen zur Folge hat. Die Grundrechte erlauben als Eingriffsrechtfertigung dem Staat in vollem Umfang, das Notwendige zu veranlassen. Im Einzelfall geht der abstrakte Gedanke der Sicherheit nicht über das hinaus, was die Grundrechte argumentativ schon erreichen. Auch die staatlichen Pflichten lassen sich gegebenenfalls allein aus den Grundrechten ableiten, ohne dass es eines Rückgriffs auf eine abstrakte staatliche Garantie für öffentliche Sicherheit und Ordnung mit Verfassungsrang bedarf. Schließlich ist es schon beinah kurios, dass die polizeirechtliche Generalklausel auf diese Art und Weise mit Verfassungsrang ausgestattet wird. Hier liegt offenbar eine Verwechslung der Ebenen von Verfassungsrecht und einfachem Recht vor.

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Lage hat der Staat weitreichende Möglichkeiten zur Gefahrenabwehr und Risikovorsorge. Es stellt sich freilich auch die Frage, ob der Staat darüber hinaus nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, Risikovorsorge und Gefahrenabwehr zu betreiben. Da es keine explizite verfassungsrechtliche Regelung oder Zielsetzung für die Risikovorsorge oder auch sogar für die Gefahrenabwehr gibt und eine verfassungsrechtliche Staatsaufgabe und Staatszielbestimmung zur Gewährleistung der Sicherheit fehlt, bleibt allenfalls

---

[21] *M. Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 24 ff., 37 ff.

ein Rückgriff auf die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten, die überwiegend aus den Grundrechten abgeleitet werden.[22] Sie sind vorrangig auf eine Reduzierung von Risiken ausgerichtet, was allerdings eine nachrangige Risikoverlagerung oder Risikoverteilung als Rechtsfolgen nicht ausschließt. Das entspricht der Konzentration auf die Risikoreduzierung seit dem 19. Jahrhundert, wie sie bis heute im Polizeirecht zum Ausdruck gelangt. Seit den siebziger Jahren hat das Bundesverfassungsgericht begonnen, staatliche Verpflichtungen zu konstruieren, das Leben und die physische Integrität zu schützen. Dies wird insoweit aus dem Recht der Menschenwürde in Verbindung mit dem Recht auf Leben abgeleitet. Entgegen manchen Literaturstimmen ist daraus aber bisher kein umfassendes Recht auf Sicherheit deduziert worden. Aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG ergibt sich kaum mehr. Zwar begründen nach dieser Ansicht inzwischen sämtliche Grundrechte Schutzpflichten[23], auch Art. 14 GG ist davon nicht ausgenommen.[24] Der umfassende Anspruch der Schutzpflicht für Leben und Gesundheit bis hin zur Abwendung aller Risiken ist aber kaum ernsthaft auf den Schutz des Eigentums vor jeglichem finanziellen Risiko auszudehnen, da dies unabsehbare Folgen hätte, wenngleich angesichts der Uferlosigkeit des Schutzpflichtskonzepts im Grunde keine prinzipiellen Schranken gegenüber einer solchen Ausweitung bestehen. Insgesamt erfasst allerdings die Schutzpflicht nicht nur die Abwehr einer aktuellen Rechtsverletzung, sondern ebenso die Abwendung objektiver Risiken, die eine bloß theoretisch vorhersehbare Möglichkeit eines Schadenseintritts beinhalten. Schutzpflichten begründen damit eine Pflicht zur Risikovorsorge, die sich sogar prinzipiell auf das im Ergebnis gleichwohl hinzunehmende Restrisiko erstreckt. Sofern man das Institut der grundrechtlichen Schutzpflicht bejaht, lassen sich generelle Grenzen der Schutzpflicht praktisch nicht feststellen.[25] Schutzpflichten werden mittlerweile auch geradezu beliebig begründet. Umfang und Grenzen können deshalb lediglich durch gegenläufige verfassungsrechtliche Interessen und Rechtsgüter im Wege eines Ausgleichs begründet werden.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Verfassung den Staat fast überhaupt nicht zu Risikosteuerung und Risikovorsorge verpflichtet, gleichwohl aber den Staat zu verschiedenen Formen der Risikosteuerung ermächtigt und weite Entscheidungsspielräume einräumt, ob und wie der Staat mit Risiken umgehen soll. Das betrifft auch gerade den Bereich der grundrechtlichen Schutzpflichten hinsichtlich der Gefährdung der Freiheitsrechte durch private dritte Parteien, da sie in der Regel den Staat nicht dazu verpflichten, die Bürger mit ganz bestimmten Maßnahmen zu schützen. Im Allgemeinen verpflichten die Schutzpflichten den Staat nur dazu, überhaupt zu handeln, aber nicht dazu, in einer bestimmten Weise zu handeln, wenngleich die Rechtsprechung zunehmend zur Einengung der Spiel-

[22] *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 43 ff.; *J Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 34 ff.

[23] BVerfGE 92, 26 (46).

[24] BVerfG, NJW 1998, S. 3264 (3265).

[25] Vgl. *Hermes*, Grundrecht (Fn. 22), S. 326 ff.

räume tendiert. Zugleich rechtfertigen die Grundrechte Dritter sowie die allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzipien weitreichende Eingriffe in die Freiheitsrechte des Einzelnen durch staatliche Regulierung und durch staatliches Handeln. Wenn man die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes hinsichtlich der Risikovorsorge in einem Satz zusammenfassen will, kann man sagen, dass das Grundgesetz weite Ermächtigungen ohne Verpflichtungen enthält. Die verfassungsrechtliche Determinierung des gesamten Bereichs der Risikosteuerung ist vergleichsweise schwach. Diese Situation wird aber gerechtfertigt durch die außerordentliche Komplexität der Risikosteuerung wie auch durch die Tatsache, dass das Verfassungsgericht über keine spezifischen Fähigkeiten verfügt, Risiken einzuschätzen oder Direktiven für die Risikosteuerung zu geben. Die schwache Determinierung durch die Verfassung ist insoweit notwendig und nicht zu beklagen. Es wäre verfehlt, aus den Normen der Verfassung, insbesondere auch aus den grundrechtlichen Schutzpflichten, weiter reichende Vorgaben für die Risikosteuerung und Risikovorsorge ableiten zu wollen, auch wenn dies weiten Teilen der Staatsrechtslehre widerstreben mag.

VI. Weitere Anforderungen und Konsequenzen

Eingriffe in die Grundrechte des Einzelnen bedürfen nicht nur der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung im Hinblick auf die Zielsetzung, sondern haben auch entsprechenden Rationalitätsanforderungen zu genügen. Insbesondere der Grundsatz der Gleichheit gemäß Art. 3 Abs. 1 GG sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip setzen eine gewisse Rationalität voraus. Im Rahmen der Risikovorsorge bedeutet dies auch, dass die zutreffende Erkenntnis der Risiken eine Voraussetzung ihrer Verhütung ist. Da gerade die Wahrnehmung von Risiken erheblichen Rationalitätsproblemen ausgesetzt ist, muss verlangt werden, dass Risiken auch tatsächlich bestehen, wobei die allgemeinen Regeln zur Tatsachenfeststellung und für Prognosen anwendbar sind. In diesem Rahmen wird man allerdings auch verlangen können, dass die Erkenntnisse der ökonomischen und psychologischen Wissenschaften über die Wahrnehmungsfehler berücksichtigt werden, soweit sie erkennbar die Risikoeinschätzung beeinflussen können. Dabei lassen sich kaum generelle Bedingungen und Regeln aufstellen, welche *biases* und in welchem Maß diese zu berücksichtigen sind. Allerdings wird man generell plausible und nachvollziehbare Risikoeinschätzungen und Bewertungen verlangen müssen, was eine weitgehende Ausschaltung von *biases* beinhaltet. Die auf systematischen Wahrnehmungsfehlern begründeten Sorgen der Bürger dürften als Eingriffsrechtfertigung kaum ausreichen. Auch generell kann die bloße Sorge über mögliche Gefahren und Risiken keine Grundrechtseingriffe rechtfertigen.

Im Übrigen sind natürlich auch die allgemeinen Anforderungen an die Rationalität des Verfahrens einzuhalten, die etwa verlangen und erfordern, dass die betroffenen Bürger angehört werden, um der Verwaltung gegebenenfalls eine

hinreichende Tatsachengrundlage zu verschaffen. Dies ist zugleich Ausfluss der materiellen Grundrechte der betroffenen Bürger, wobei es unerheblich ist, ob dieses als abwehrrechtliche Vorverlagerung des Rechtsschutzes oder als durch die Grundrechte als objektive Prinzipien gefordertes Verfahrensrecht zu verstehen ist.

Schließlich gehört zu dem verfassungsrechtlichen Rahmen der Gefahrenabwehr und Risikovorsorge auch die Beachtung des demokratischen Prinzips, auch wenn dies nicht ohne Weiteres auf den ersten Blick einsichtig ist. Politische Entscheidungen bedürfen daher auch im Hinblick auf das demokratische Prinzip eines gewissen Entscheidungsspielraums, in dem die verschiedenen Interessen der Beteiligten und der Entscheidungsträger berücksichtigt werden können. Die subjektive Risikowahrnehmung der Bürger darf daher durchaus eine Rolle in der Entscheidungsfindung spielen, solange die grundlegenden Rationalitätserfordernisse für Eingriffe in die Grundrechte des einzelnen beachtet werden. Auch insofern dürfen Sachverständige nicht den Entscheidungsprozess beherrschen. Auch aus diesem Grund dürfen die Gefahrenabwehr und Risikovorsorge nicht vollständig verfassungsrechtlich determiniert sein.

The Precautionary Principle and Japanese Constitutional Scholarship

Satoshi Kinoshita

I. Introduction

People feel less and less secure these days. 9.11 terrorist-attacks in 2001 made people realize that terrorist attacks could happen everywhere, anytime. Since the Lehman Shock in 2008, people have been worried that they might lose their jobs suddenly. Since 3.11 in 2011, we, the Japanese, have once again realized that massive natural disasters could shatter our lives. Above all, the meltdown of the Fukushima nuclear power plant has shown that the advanced science technology, though it makes our convenient life possible, is inevitably accompanied by grave risk that could cause irreparable harm.

Faced with various kinds of natural and man-made disasters, people seek more security, and push the government to take more protective measures to prevent possible risks before people face catastrophe; and most governments have intro-

duced various kinds of precautionary measures. We need a standard or a principle to evaluate these precautionary measures[1].

The Precautionary Principle states that, if any activities or policies are suspected to cause harm, the government can or should stop those activities, even though there are not enough scientific proofs or evidences to show that those activities or policies are harmful. The Principle has been developed as an environmental protection policy, under which the exact harms that human activities might cause are largely unknown or scientifically debatable. Principle 15 of the Rio Declaration 1992 states that: "in order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall be not used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation."

The Precautionary Principle has been widely employed as a basis of various precautionary measures. Now, the Principle has been implemented not only for environmental protection but also for public safety, international trade, and even for national security. Various precautionary measures to prevent serious crimes have already been in place; surveillance cameras are everywhere in major cities, and so called the Meagan's Law allows states in the U. S. to provide the information of convicted sex offenders to the public. The Precautionary Principle has been employed even to justify national security measures; the former President of the United States, George W. Bush, applied the Principle to justify the U.S. invasion of Iraq, declaring: "Understanding the threats of our time, knowing the designs and deceptions of the Iraqi regime, we have every reason to assume the worst, and we have an urgent duty to prevent the worst from occurring."[2]
This is the point that calls for constitutional scholars' attention.

In this paper, I will discuss how constitutional scholarship should deal with the Precautionary Principle. First, I will examine Professor Cass Sunstein's negative view of the Principle. Second, after I explain how Japanese constitutional scholarship has responded to precautionary measures for national security, anti-terrorism and public safety, I will analyze a unique feature of Japanese constitutional scholarship.

---

[1] See generally *Adrian Vermeule*, Precautionary Principles in Constitutional Law, 4 J. Legal Analysis 181(2012).

[2] October 7, 2002, President Bush Remarks by the President on Iraq, Cincinnati Museum Center - Cincinnati Union Terminal, Cincinnati, Ohio.

II. Sunstein's Criticism of the Precautionary Principle

American legal scholar, Cass Sunstein cautions against the use of the Precautionary Principle[3], because it might undermine deliberative democracy. He distinguishes "the strong form of precautionary principle" which requires regulation whenever there is a possible risk, even if the supporting evidence is speculative and the economic costs of regulation is high, from "the weak form of precautionary principle" in which lack of scientific evidence does not preclude action if damage would otherwise be serious or irreversible.[4] Sunstein does not deny the weak version of the principle, but comments that it is simply "a truism"[5]; that no governments require absolute certainty that harm will occur prior to any regulation or action. According to Sunstein, the strong version is more problematic: it will paralyze both regulation and non-regulation. Take genetically modified (GM) crops as an example. It has been argued that GM crops could pose ecological and human health risk although no scientific data confirms it. Strong version of precautionary principle would require the prohibition or severe restriction of GM crops production. However, we can also assume that the prohibition of GM crops might cause poor harvest, which will bring starvation and malnutrition to people. In consequence, the strong precautionary principle leads to the promotion or de-regulation of GM crops production. Thus, the strong version of the principle is self-contradicting[6]: it encourages both the promotion and the prohibition of genetically modified crops.

Sunstein criticizes the strong version of the precautionary principle not only because it is incoherent but because it leads to irrational risk evaluation. He points out that (1) the "availability heuristic" causes individuals to focus on salient risks that come to mind, and ignore risks that do not; (2) "probability neglect" leads individuals to focus on the worst case scenario, even if it is highly improbable; (3) "loss aversion" causes people to dislike changes from the status quo; (4) a belief in the benevolence of nature makes human-created risks seem particularly suspect; and (5) "system neglect" prevents people from recognizing second-order effects and risks created by their decisions.[7]

Sunstein instead proposes a three-part approach to risk management. The first is the Anti-catastrophe Principle that, in order to cope with a potentially catastrophic risk, we should identify possible options and the worst-case scenario

---

[3] Cass Sunstein, Law of Fear: Beyond the Precautionary Principle.
(2005).
[4] *Id.* at 18-20.
[5] *Id.* at 24.
[6] See also*, e.g., Jonathan H. Adler*, More Sorry than Safe: Assessing the Precautionary Principle and the Proposed International Biosafety Protocol, 35 Tex. Iint'l L.J. 173, 195 (2000) ("The problem is that by focusing on one set of risks--those posed by the introduction of new technologies with somewhat uncertain effects--the precautionary principle turns a blind eye to the harms that occur, or are made worse, due to the lack of technological development.").
[7] Sunstein, *supra* note 2*,* at 35.

outcome of each option, and then eliminate from consideration those options that would bring the worst-case scenarios. Second, Sunstein proposes the cost-benefit analysis as general rule of regulation although he sets a number of qualifications on the use of it. Third, Sunstein allows regulations based on "libertarian paternalism" when individuals lack clearly-defined preferences or do not make decisions in accord with their actual preferences.

Many environmentalists criticize Sunstein for his failure to appreciate the usefulness of the Precautionary Principle, especially as an environmental protection policy or hazardous material regulation. Some argue that Sunstein overstates the danger of the Precautionary Principle to the extreme[8]. His proposal for regulations is also criticized for its limited application[9].

The most serious failure in Sunstein's theory lies in its generalization: he does not distinguish the applicability of the Principle to an environmental policy from that to other fields, such as public safety or national security measures. We should not deny the usefulness of the Precautionary Principle simply because the Principle is ineffective or risky in evaluating public safety measures. At the same time, we should not argue for the usefulness of the Principle as a basis of public safety measures even though the Principle is useful as an environmental protection policy.

We know intuitively that we can use the Precautionary Principle as an environmental policy or a product safety standard; however, it is wrong to apply the Principle to the evaluation of public safety measures or national security measures. How can we theoretically explain this distinction?

First of all, the police activities and the military actions are the state functions whose abuse of power the constitutionalism has traditionally tried to prevent. History eloquently shows that if the police officers abuse their power, people's civil liberties and sometimes even their lives will be put in jeopardy. It goes without saying that when the military abuses its power, the damage is greater. This is why we are skeptical about the precautionary measures when it is applied to public safety or military action. Also, it is not well known the precedent that the environmental protection agency or the consumer protection agency abused their power excessively; their abuse has been mostly in action of necessary regulations.

Another reason for the distinction is a kind of proportionality judgment concerning the nature of the liberties involved in each measure. It is commonly accepted that, upon evaluating the governmental regulations, we should weigh relevant factors, such as gravity of potential harm, the nature of restricted liberties, and the extent to which the liberties are restricted. Whether or not we should introduce the Precautionary Principle should also be decided by this proportionali-

[8] *Noah M. Sachs*, Rescuing the Strong Precautionary Principle from its Critics*,* 2011 U. Ill. L. Rev. 1285, 1312.

[9] *Gregory N. Mandel & James Thuo Gathii*, Cost-Benefit Analysis versus the Precautionary Principle: Beyond Cass Sunstein's Laws of Fear*,* 2006 U. Ill. L. Rev. 1037, 1049.

ty judgment. In this respect, environmental protection measures are very different from public safety measures: the former mainly restricts economic activities, which can be widely regulated in modern states, while the latter affects personal liberties which the governments cannot restrict without strong public interest and without the guarantee of due process. Some anti-terrorism measures could violate freedom of association, right of privacy, or personal liberties, all of which are considered as highly protected under the Constitution. We can safely say that it is wrong to mix up these different kinds of liberty restriction together.

III. The Precautionary Principle and the Japanese Constitution

So far, the Precautionary Principle has not found any strong supporters among Japanese constitutional scholars while the principle has been widely accepted as an environmental policy in Japan. Besides the complexity which the application of the Precautionary Principle involves, Japanese constitutional scholars have their own reservations about it[10].

The Constitution of Japan was promulgated in 1947, after the country was totally ruined by the military-totalitarian rule and the self-distractive imperialistic war. The Meiji Constitution of 1889, the first written constitution in Asia, did not fully guarantee civil liberties, and could not stop military hegemony and aggression. Therefore, the post WWII Japanese constitutional scholarship has focused upon establishing the protection of civil liberties as well as the pacifism principle under the 1947 Constitution. They have generally been critical to the concept of state right of self-defense; most of them regard any armed forces, including those for self-defense, are unconstitutional under Article 9 of the Constitution. Also, the Japanese constitutional scholars have been very cautious about the use of the governmental power to restrict civil liberties even when the governmental measures are necessary to achieve important public interests. They have shown strong commitment to individualism as an essence of the Constitution.

The Japanese constitutional scholarship, at the same time, has accepted the active state phenomenon; the modern welfare states need to engage in various economic interventions. As the 1947 Constitution provides several "social rights" including "the right to maintain the minimum standards of wholesome and cultured living"(Art. 25.), it is considered that the government is obliged to make some affirmative measures to maintain people's living standards. Environmental protection is regarded as one of the measures to guarantee people's living standards. It is the constitutional duty of the government to provide appropriate environmental protection.

---

[10] See generally *Aikyo, Koji*, "Precautionary Principle" and Constitutional Theories, in Sicherheit in der modernen Verfassung(Mori, Hideki ed.) 139 (2009).

Thus, under the 1947 Constitution, making the distinction between the precautionary measures for environmental protection and those for national security seems reasonable because each governmental measure has its own different nature. And, this distinction is widely shared among Japanese constitutional scholars. However, especially since 9.11, the Japanese government has tried to introduce various precautionary measures for national security, anti-terrorism and public safety. I will briefly examine the current situation regarding these.

1. Precautionary Measures for National Security

The Constitution of Japan of 1947 renounces "war as a sovereign right of the nation" and prohibits maintaining "land, sea, and air forces, as well as other war potential"(Art.9 sec.2). The Japanese government has consistently tried to erode this pacifist principle without any formal constitutional amendments, and established the Self Defense Force in 1954. However, due to people's strong resentment against militarism, the government had failed to establish the legal framework for military emergency until 2002. The 9.11 terrorist attacks in 2001 definitely gave momentum for preparation toward emergency. Immediately after the 9.11, the Japanese Diet enacted the Anti-Terrorism Special Measures Law. The term was rather deceptive as its main purpose was only to dispatch Maritime Self-Defense Force (MSDF) vessels to the Indian Ocean for refueling operations. The Military Emergency Act came into effect in 2002, but it is only applicable to the classic situation of military invasion to Japan by a foreign country, which is a highly unlikely scenario.

The SDF has been maintained and operated mainly as domestic rescue teams for more than half century; most Japanese has come to accept the existence of the SDF as such. However, as Japanese people are still strongly against any aggressive military action, the government explains that the SDF is constitutional as long as it is "a minimum armed force for self-defense"; it is both politically and legally difficult for the government to take any military precautionary measures unless the Art. 9 is revised.

2. Precautionary Measures for Anti-terrorism

The Japanese government has introduced some piecemeal anti-terrorism measures, such as legalizing wiretapping for criminal investigation, biometric authentication at immigration, tightened regulations of money laundering, and heavier punishment for high-jacking. Yet, the government has not enacted a comprehensive anti-terrorism legal system, such as the Patriot Act of the U.S. It has been reported that the government was preparing a bill which enabled them to designate "terrorist organizations," and to legalize the temporary arrest and deportation of terrorists, and the introduction of electronic surveillance, and so on.

Those anti-terrorism measures would, if they come into effect, be a gross violation against civil liberties protected by the Constitution. So far, no constitutional

scholars support such measures openly. Although some scholars have introduced foreign arguments supporting stronger anti-terrorism measures, such as the German argument of "Das Grundrecht auf Sicherheit" or "the Emergency Constitution," it is still unimaginable that the Japanese constitutional scholarship should change their position dramatically and accept the state emergency power or to support full-scale anti-terrorism measures.

3. Precautionary Measures for Public Safety

As we have seen, Japanese constitutional scholarship has shown strong commitment to the pacifist principles and the protection of civil liberties against national security measures and anti-terrorism measures. Concerning the public safety measures, the Japanese constitutional scholarship has been not so militant. Although some legal scholars are concerned that the widespread use of surveillance cameras will allow the government to constantly watch citizens' behavior, the concern of the majority of legal scholars about the violation of privacy is largely moderate; they silently accept them, to some extent.

We have, so far, no precise legal concept for a critical analysis for the precautionary measures for public safety. Could the right of privacy be one candidate? No one denies that the Constitution protects the right of privacy even though there is no explicit constitutional provision. The Supreme Court once recognized that the Constitution protects "people's private life", and prohibited the police to take pictures of passers-by without enough probable cause (Supreme Court, Dec. 24, 1969, 23 Keishu 1625). But the right of privacy is not absolute, and it could be restricted for the protection of other rights or the important governmental interests. The courts have affirmed the constitutionality of the "N-system," automatic number plate recognition system. The Tokyo Appeals Court, referring to a German Constitutional Court decision that a similar automatic number plate recognition system was declared unconstitutional, explained its constitutionality based upon a proportional judgment; according to the court, the purposes of the system are to arrest run-away criminals and to discover stolen cars, and therefore, legitimate; and, as the collected information through the system, which is number plates' pictures of cars, are publicly showed information; therefore, N-system does not violate the right of privacy (Tokyo Appeals Court, Jan 29, 2009, 1295 Hanrei-Times 193).

In Japan, the right of privacy has been understood more or less as a right to control her/his own private information. As long as we understand the right this way, privacy cannot be an effective tool to resist the real threat posed by data consolidation. We need to reformulate the concept of privacy so as to prohibit the government from tracking citizens' behavioral patterns and tastes.

One of other possible candidates is the proportionality standard. Under the standard, the courts weigh all circumstances including the purpose and necessity of the regulation to be introduced, the nature of restricted liberties, and the extent

of the restriction. It is a standard to give so wide discretion to the court that it is rather hard to provide a rigorous standard to check governmental actions.

Although the proportionality standard has its limitations, some precautionary measures fail to pass even under this loose standard. A few years ago, the government proposed introducing punishment of conspiracy as an anti-terrorism measure. Conspiracy is an agreement by two or more persons to break the law at some time in the future. The punishment of conspiracy was criticized as something that leads to overbroad punishment; it was pointed out that casual jokes could be punished as conspiracy. Besides that, punishing conspiracy does not fulfill proportionality. An abstract agreement to commit a crime itself does not cause any harm because criminal action is yet to be taken. The punishment of conspiracy is a classic "guilt by association," which infringes upon freedom of association. And, criminal punishment is certainly the most severe restriction upon constitutional liberties. With all these factors considered, we might conclude that the punishment of conspiracy is an excessive restriction of constitutional liberty[11].

IV. Conclusion

We have examined how to deal with the Precautionary Principle referring to Sunstein's critique. We understand that we cannot deny the Principle as a whole; and that we should see how the way the Principle works for national security is different from the way it works for an environmental policy. We have also examined the attitude of the Japanese constitutional scholarship toward precautionary measures for national security, for anti-terrorism and for public safety. Most Japanese constitutional scholars attach much faith to liberalism; they tend to be skeptical to any precautionary measures, which are taken before any particular harm is materialized. As they have not given so much priority to safety as liberty, they do not easily support precautionary measures unless there is a clear constitutional mandate for measures to be introduced.

Proponents of precautionary measures often say, "it is better to be safe than sorry." However, a constitution itself can be understood as a precautionary measure against the abuse of public power[12]. The exercise of public power is always justified as a necessary means to protect safety. We have a constitution which limits the governmental power and results from our fundamental disbelief that the government, even a democratic one, could abuse its power. To allow precautionary measures without careful examination, is to undermine our faith in constitutionalism, which is a fruit of the long and hard struggle for humanity.

---

[11] *Kinoshita, Satoshi*, Anti-terrorism Legislation and the Constitution, Sicherheit in der modernen Verfassung, *supra* note11, 91, at 103-104.

[12] *Adrian Vermeule*, Precautionary Principles in Constitutional Law, 4 J. Legal Analysis 181(2012).

Politische Gestaltung und die normative Begrenzung von Schulden

Frank Schorkopf

I. Einleitung

Ende des Jahres 2007 hob eine weltweite Finanzmarktkrise an, die mit der Großen Krise des Jahres 1929 verglichen worden ist. Assoziativ wurde damit ein historischer Kontext aktiviert, der als der wirtschaftliche Ausgangspunkt eines weltweiten politischen und militärischen Flächenbrandes gilt. Die ursprüngliche Gestalt der gegenwärtigen Finanzmarktkrise hat sich verändert. Während die meisten Finanzmarktplätze die Krise in den Griff bekommen haben, hat sie sich in Europa gewandelt. Sie hat sich entwickelt zu einer Großen Krise der Europäischen Union. Von Europa aus strahlt sie mittlerweile zurück in Welt, die sich über eine „Ansteckung" ihrer Volkswirtschaften und der Weltwirtschaft insgesamt sorgt.

Aber schon von diesem Moment an kommt es auf den Standpunkt des Betrachters an: Erleben wir eine Finanzmarktkrise, eine Euro-Krise, eine Staatsschuldenkrise oder eine sich ausbreitende Krise in Griechenland, Irland, Portugal, Spanien und Italien oder beobachten wir sogar eine europäische Verfassungskrise?

Von den Antworten auf diese diagnostischen Fragen hängen die Therapievorschläge ab. Eine Krise des Euro steht in einem anderen Kontext, hat andere Ursachen als partikulare Krisen einzelner europäischer Volkswirtschaften. Noch weitergehend ist der Ursachenbefund entscheidend für die Maßnahmen, die getroffen werden, damit sich eine konkret durchlebte Krise nicht wiederholt. Die Wirtschaftsgeschichte zeigt uns, dass die Politik auf jede Krise mit Gestaltung antwortet, dass vor allem während der akuten Krisenphase gesetzgeberische Maßnahmen ergriffen werden, die einem erneuten Krisenausbruch vorbeugen sollen.[1]

In diesem Referat steht die Große Krise in der Europäischen Union im Mittelpunkt. In den letzten zweieinhalb Jahren sind bereits zahlreiche präventive Gestaltungsmaßnahmen – national wie europäisch – ergriffen worden, die eine ähnliche Entwicklung für die Zukunft verhindern sollen. Im Mittelpunkt stehen dabei mittlerweile die öffentlichen Finanzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Es verbinden sich – aus deutscher Perspektive – die europäische mit der nationalen Debatte. Denn in Deutschland ist seit einem Jahrzehnt die öffentliche Verschuldung intensiv bearbeitet worden. Letztlich mündete diese Diskussion in die Änderung des Grundgesetzes im Jahr 2009, mit der die öffentliche Verschuldung in Bund und Ländern normativ begrenzt werden sollen – es hat sich dafür das Schlagwort der „Schuldenbremsen" gefunden.

Die Schuldenbremse ist also eine Präventivmaßnahme des Staates, um seine Leistungsfähigkeit langfristig zu sichern und damit sichere Handlungsfreiräume für die Gesellschaft zu gewährleisten.

Was sowohl in der europäische als auch in der nationalen Debatte weniger beachtet wird, ist die Rückwirkung der Schuldenbegrenzung auf die Möglichkeiten politischer Gestaltung. Denn Geld ist in den modernen Industriegesellschaften weiterhin die zentrale Ressource politischer Gestaltung. Anders formuliert, die Staatsverschuldung der westlichen Industriestaaten – auch in Japan[2] – ist das Ergebnis eines mächtigen politischen Anspruchs.

Es handelt sich um ein Thema, das sehr weit oben auch auf der rechtswissenschaftlichen Tagesordnung in Europa steht und das, so ist mit Blick auf den Stand der öffentlichen Schulden zu vermuten, auch in Japan ein Thema ist.

Zunächst wird über die normative Begrenzung von Schulden in Deutschland und in der Europäischen Union zu sprechen sein (II.). Sodann werden die Maßnahmen der EU in den Blick genommen, mit denen u.a. präventiv auf die Krise geantwortet werden sollte (III.). Ein dritter Schritt ist der Konstitutionalisierung von Schuldenbremsen gewidmet, ein Schritt, mit dem sichergestellt werden soll, dass die normative Begrenzung öffentlicher Schulden nicht durch wirkmächtige politische Gestaltungsansprüche überlagert wird (IV.). Der Beitrag endet mit ei-

[1] Dazu näher *Frank Schorkopf*, Finanzkrisen als Herausforderung für die internationale, europäische und nationale Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 183 ff.

[2] Internationaler Währungsfonds, Japan, Staff Report for the 2011 Article IV Consultation, 28. Juni 2011, zugänglich unter http://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/so/2011/car071911a.htm.

nem Abschnitt über die Entpolitisierung, die mit der „präventiven Tendenz“ in der europäischen Gesellschaft einher geht (V.).

II. Normative Begrenzung von Schulden

Die neuere deutsche Verfassungsgeschichte lässt sich auch als ein Versuch lesen, die Schulden der öffentlichen Hand normativ zu begrenzen. Die Verfassung des Deutschen Kaiserreichs knüpfte die Aufnahme einer Anleihe sowie die Übernahme einer Garantie zu Lasten des Reichs an ein „außerordentliches Bedürfnis“ (Art. 73 RV). Nach der Weimarer Reichsverfassung durften Geldmittel im Wege des Kredits außerdem „in der Regel nur für Ausgaben zu werbenden Zwecken beschafft werden“ (Art. 87 WRV).[3]

Das Grundgesetz übernahm dieses Vorbild. Art. 115 Abs. 1 GG wurde im Jahr 1969 von der ersten Großen Koalition mit der Haushaltsreform dann aber geändert. Einnahmen aus Krediten durften die Summe der im Haushaltsplan veranschlagten Ausgaben für Investitionen nicht überschreiten, wobei Ausnahmen nur zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zulässig sein sollten (Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG).[4]

Im Jahr 2009 kam es dann zu der bereits erwähnten grundlegenden Änderung des Staatsschuldenrechts. Der vergewissernde Blick auf die zurückliegenden Schuldenbegrenzungsregeln, besonders die zwischen 1969 und 2009 geltende Schuldenbremse des Grundgesetzes, zeigt aber auch, dass die entsprechenden Regeln keinen ausreichenden Resonanzboden hatten. Zuletzt hatte das Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts über den Bundeshaushalt 2004 den zentralen Dissens über den Umfang offen gelegt, in dem das Schuldenmachen durch Recht beschränkt sein soll.[5]

In modernen Wohlfahrts- und Interventionsstaaten, die westliche Industriestaaten wie die Bundesrepublik Deutschland und auch Japan in der Gegenwart immer auch sind, werden die Lebensumstände der Bürger besonders durch diejenigen Politikbereiche geprägt, die vom Solidargedanken und damit von finanzwirksamen Themen berührt werden.[6] Außerdem ist Geld – das ist eine der Bot-

[3] Zu den historischen Versuchen der normativen Schuldenbegrenzung siehe *Wolfram Höfling*, Staatsschuldenrecht, 1993, S. 12 ff.; *Reinhard Mußgnug*, Die Staatsverschuldung und das demokratische Prinzip der Herrschaft auf Zeit, in: Lingelbach (Hrsg.), Staatsfinanzen – Staatsverschuldung – Staatsbankrotte, 2000, S. 251 ff.; zum Ständevorbehalt auch *Werner Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung, 1989, S. 40ff.

[4] Bereits im Jahr 1967 war Art. 109 Abs. 2 GG geändert worden, in dem Bund und Länder verpflichtet wurden, auf die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu achten, BGBl. 1967 I, 581.

[5] BVerfGE 119, 96 ff. – Bundeshaushalt 2004 (2007); einen Vergleich unternimmt *Hermann Pünder*, Staatsverschuldung und Generationengerechtigkeit: Die neue „Schuldenbremse“ im Vergleich zum überkommenen Recht, in: Bucerius Law School (Hrsg.), Begegnungen im Recht, 2011, S. 275-297.

[6] Eindrucksvoll zur Entwicklung der Ausgaben- und Steuerpolitik mit praxisbezogenem Hintergrund *Marc Hansmann*, Vor dem dritten Staatsbankrott?, 2012, S. 33 ff.

schaften der Großen Finanzreform von 1969 – die tragende Ressource politischer Gestaltung.[7] Diese Phase der deutschen Nachkriegspolitik ist gekennzeichnet durch einen umfassenden Anspruch, die Gesellschaft umzugestalten, sie zu modernisieren.

Vor diesem Hintergrund ist verständlich, dass die 1957 gegründete Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) schon deshalb keine Regelungen über die normative Begrenzung von Schulden kannte. Sie war weder in nennenswertem Umfang für soziale Themen zuständig, noch besaß sie eine Verschuldungskompetenz. Mittlerweile hat die Europäische Union immer noch keine Kompetenz zur Besteuerung der Unionsbürger, die Union betreibt jedoch eine Wirtschafts- und Währungsunion und das soziale Europa ist ein wichtiges Element der Integration geworden.

Seit Mitte der 1990er Jahre gibt es deshalb eine wechselseitige Verschränkung von nationaler und europäischer Ebene in der Frage, ob und wie Verschuldung öffentlicher Haushalte normativ begrenzt werden kann. Deutschland ist in diesem Geflecht ein einflussreicher, wenn nicht gar bestimmender Akteur. Das gilt für das konzeptionelle Denken, wie auch bei den tatsächlichen Ereignissen.

Der erste Schritt zu einer europäischen Schuldenbremse, dem Stabilitätspakt aus dem Jahr 1997, wie der vorerst letzte Schritt, der so genannte Fiskalvertrag, sind deutsche Erfindungen. Zugleich hat Deutschland die nationale wie die europäische Schuldenbremsen mehrfach nicht eingehalten.

Der Zusammenhang der Ebenen ist ein konvergenter Prozess der wechselseitigen Beeinflussung aus zunächst unterschiedlicher Motivation heraus. Der Stabilitäts- und Wachstumspakt war währungs- und geldpolitisch motiviert. Es ging Mitte der 1990er Jahre darum, die Voraussetzungen für Preisstabilität zu gewährleisten. Die Schuldenbremse ist dagegen haushalts- und fiskalpolitisch motiviert. Mittlerweile haben sich die Ebenen die Motivation des jeweils anderen zu Eigen gemacht.

Die Schuldenbremse soll den Erfolg der europäischen Integration an sich sicherstellen. Hinzu kommt, dass in neuerer Zeit die Volkswirtschaftslehre den von der Alltagserfahrung getragenen Nachweis geführt hat, dass es einen Zusammenhang zwischen der Höhe der Staatsverschuldung und dem Wirtschaftswachstum gibt. Bei einem Wert ab 90 % Verschuldung im Verhältnis zum Bruttoinlandsprodukt (BIP) seien die Wachstumskräfte einer entwickelten Volkswirtschaft gehemmt und es entstünden negative verstärkende Effekte zu immer höherer Verschuldung.[8] Dieser Effekt wiederum erschwere politisches Entscheiden.[9]

Im Folgenden soll die These entwickelt und begründet werden, dass die normative Begrenzung öffentlicher Schulden mittelbar die Chancen auf eine vitale

[7] Vgl. *Udo Di Fabio*, Wachsende Wirtschaft und steuernder Staat, 2010, S. 106 ff.

[8] *Carmen M. Reinhart/Kenneth S. Rogoff*, Growth in a Time of Debt, American Economic Review, 100 (2019), S. 573 ff.

[9] Zusammenfassend zu diesen Folgen der Staatsverschuldung *Hanno Beck/Aloys Prinz*, Staatsverschuldung, 2011, S. 51 ff.

politische Gestaltung der Staaten erhöht. Die Schuldenbremse ist ein Instrument der Verschuldungsprävention, die unmittelbar die Freiheit der Bürger und mittelbar auch die Sicherheit der Bürger verstärkt.

Zu welchem Zeitpunkt und aus welchen Gründen ist das Thema Schulden mit „Europa“ verknüpft worden?

III. Entwicklungsgeschichte und Wechselwirkungen

1. Der ehemalige deutsche Bundesfinanzminister, *Theo Waigel*, erwähnte in einem Interview, dass er im September 1995 einer Zeitschrift gab,[10] dass die geplante europäische Währungsunion um eine Stabilitätskomponente ergänzt werden müsste. Mit diesem „Stabilitätspakt für Europa“ sollte die Haushaltsdisziplin der beteiligten Mitgliedstaaten, die Beteiligten hatten besonders Italien vor Augen, auch nach dem Eintritt in die dritte Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion „gegen alle denkbaren Gefährdungen“ dauerhaft gesichert werden.

Um den Unionsvertrag von Maastricht aus dem Jahr 1993 nicht neu verhandeln zu müssen, sollten die Stabilitätskriterien und die institutionellen Regelungen durch Sekundärrecht und politische Entschließungen „präzisiert und für die praktische Anwendung operationalisiert werden.“[11]

Mit der Initiative einher ging das Jahresgutachten des Sachverständigenrates, in dem die „Wirtschaftsweisen“ darauf hinwiesen, dass es unerlässlich sei, eine Präzisierung der im Unionsvertrag vorgesehenen Sanktionen vorzunehmen, die einsetzen, wenn in Euro-Mitgliedstaaten übermäßige Haushaltsdefizite vorlägen.[12]

Dieses Gutachten hat, mit dem Wissen der Gegenwart, geradezu prophetische Züge. Aufgrund der mit dem Maastricht-Vertrag angestrebten, aber letztlich nicht verwirklichten Politischen Union könne es für eine unionseinheitliche Geldpolitik bis auf weiteres eine systematisch bedingte Konfliktlage mit der für die Wirtschaftspolitik nach wie vor geltenden nationalen politischen Willensbildung geben. Denn die Geldpolitik in der Währungsunion werde, solange eine politische Union nicht bestehe, von der nationalen politischen Willensbildung her beurteilt, die auch über die finanzpolitische Situation in den einzelnen Ländern entscheide.[13]

Der Sachverständigenrat erörterte weiter, welcher institutionelle Rahmen in dieser Lage erforderlich sei, um dennoch das mit der Wirtschafts- und Währungsunion angestrebte Ziel zu erreichen. Entscheidend sei in diesem Zusammenhang der Sanktionsmechanismus. Wörtlich heißt es:

---

[10] Siehe *David Marsh*, The Euro, New Edition, 2011, S. 197, Anm. 44.
[11] Bundesministerium für Finanzen, Pressemitteilung v. 10. 11. 1995; *Theo Waigel*, Vorschlag für einen Stabilitätspakt für Europa v. 24. 11. 1995, Eckpunktepapier, Europe Dokumente Nr. 1962.
[12] Sachverständigenrat für die Begutachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, Jahresgutachten 1995/96, Im Standortwettbewerb, Rn. 449 = BT-Drs 13/3016, S. 254 f.
[13] Sachverständigenrat, Fn. 12, Rn. 446.

Voraussetzung für einen Kontrollmechanismus der Finanzmärkte ist, dass der in Artikel 104 b Abs. 1 EG-Vertrag vorgesehene Haftungsausschluß glaubwürdig durchgehalten wird. Der Haftungsausschluß darf nicht durch Transfers, sei es der Union oder sei es einzelner Länder, unterlaufen werden. Eine solche Hilfestellung würde von den Finanzmärkten antizipiert; die Risikoprämien für die Bonität eines Landes fielen entsprechend niedrig aus. Ein Ausbau des Transfersystems würde also die Kontrollfunktion der Finanzmärkte schwächen.[14]

Diese abstrakte Gefahr, von der wir heute wissen, dass sie sich verwirklicht hat, wurde wahrgenommen, bereits kurz nachdem der Vorschlag für einen Stabilitätspakt veröffentlicht worden war. Besonders aus südlichen EU-Mitgliedstaaten und aus Frankreich war Kritik zu hören, dass der Pakt keine Maßnahmen enthalte, um das Wachstum in der Währungsunion zu fördern. Der heute offizielle Name des Instruments, Stabilitäts- und Wachstumspakt,[15] zeigt an, wie die Willensbildung weiter verlaufen ist.

Der Ablauf des Defizitverfahrens enthielt schlussendlich nicht die ursprünglich vorgesehenen automatischen Sanktionen, sondern wurde an notwendige Beschlussfassung im Rat und damit an eine *politische* Bewertung der finanzwirtschaftlichen Daten gebunden. In diesem Gleichgewicht zwischen anti-inflationärer Stabilitätspolitik und ausgabenorientierter Konjunkturpolitik lag auch ein politischer Kompromiss zwischen den traditionellen Gegensatzpositionen zwischen Frankreich und Deutschland in währungs- und finanzpolitischen Fragen.

Es handelt sich um einen Konflikt, der sich wie ein roter Faden durch die europäische Integration zieht. Übersetzt in die Leitfrage unseres Symposiums dreht sich dieser Konflikt um die Präventivwirkungen einer sparsamen, an den Einnahmen orientierten Haushaltswirtschaft einerseits und einer am gesellschaftlichen Bedürfnis orientierten ausgabenbezogenen Haushaltspolitik.

2. In der Folgezeit erwiesen sich die Regeln des europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes aber dennoch als zu strikt. Als die Sanktionsregeln im Herbst 2003 wegen übermäßiger Defizite in Deutschland und Frankreich greifen sollten, nahm der Rat der Wirtschafts- und Finanzminister (ECOFIN) nicht die erforderlichen Entscheidungen, die die Kommission vorgeschlagen hatte, gegen die beiden Mitgliedstaaten an. Der Rat setzte stattdessen die Defizitverfahren sogar aus. Die Euro-Gruppe ließ die beiden Staaten vom normativen Haken.

Der Europäische Gerichtshof, der von der Kommission deshalb angerufen worden war, hielt sich zurück. Er erklärte im Jahr 2004 das Handeln der Euro-

---

[14] Sachverständigenrat, Fn. 12, Rn. 447.

[15] Der Stabilitäts- und Wachstumspakt besteht aus der VO Nr. 1466/97 des Rates vom 7. 7. 1997 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken, ABl. 1997 Nr. L 209/1, der VO Nr. 1467/97 des Rates vom 7. 7. 1997 über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit, ABl. 1997 Nr. L 209/6 sowie der Entschließung des Europäischen Rates über den Stabilitäts- und Wachstumspakt vom 17. 6. 1997, ABl. 1997 Nr. C 236/1.

Staaten zwar teilweise für rechtswidrig. Diese Feststellung wirkte sich im Ergebnis jedoch nicht aus.[16] Im Folgejahr 2005 beschlossen die Staats- und Regierungschefs im Europäischen Rat schließlich, den Pakt an zentralen Stellen zu ändern.[17]

Die Änderung erfolgte dadurch, dass die Mitgliedstaaten einen Bericht des Rates „Verbesserung der Umsetzung des Stabilitäts- und Wachstumspakts" am 23. März 2005 annahmen.[18] Mit anderen Worten, es gab für diesen Schritt kein formelles Rechtsänderungsverfahren. Die Definition von Haushaltszielen ist erweitert, zusätzliche Gründe für die Rechtfertigung von Defizitüberschreitungen sind eingefügt, Möglichkeiten der Differenzierung zwischen den Mitgliedstaaten aufgrund ihrer Wirtschaftskraft anerkannt sowie Fristen im Defizitverfahren und für die Defizitkorrektur sind auf zwei Jahre verlängert worden.[19] [20]

Dass der Stabilitäts- und Wachstumspakt insoweit zwei widerstreitende Ziele verfolgt, macht nochmals eine Erklärung zum Vertrag von Lissabon deutlich, die bereits dem gescheiterten Verfassungsvertrag beigefügt war. In der Erklärung Nr. 30 zum Vertrag heißt es:

> *In Bezug auf Artikel 126 bekräftigt die Konferenz, dass die Wirtschafts- und Haushaltspolitik der Union und der Mitgliedstaaten auf die beiden fundamentalen Ziele ausgerichtet ist, das Wachstumspotenzial zu steigern und eine solide Haushaltslage zu gewährleisten. Der Stabilitäts- und Wachstumspakt ist ein wichtiges Instrument für die Verwirklichung dieser Ziele. (...) In diesem Zusammenhang erneuert die Konferenz ferner ihr Bekenntnis zu den Zielen der Lissabonner Strategie: Schaffung von Arbeitsplätzen, Strukturreformen und sozialer Zusammenhalt (...).*[21]

---

[16] EuGH, Rs. C-27/04, Slg. 2004, I-6649 – Kommission/Rat; dazu *Ulrich Palm*, Der Bruch des Stabilitäts- und Wachstumspakts, EuZW 15 (2004), S. 71 ff.

[17] VO (EG) Nr. 1056/2005 des Rates v. 27. 6. 2005 zur Änderung der VO (EG) Nr. 1467/97, ABl. 2005 Nr. L 174/5.

[18] Siehe Anhang 2 der Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 22./23. 3. 2005. Im Weiteren siehe VO (EG) Nr. 1055/2005 des Rates vom 27. 6. 2005 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1466/97 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken, ABl. 2005 Nr. L 174/1 und VO (EG) Nr. 1056/2005 des Rates vom 27. 6. 2005 zur Änderung der VO (EG) Nr. 1467/97 über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit, *ABl. 2005 L 174/5.*

[19] Eine dichte und kritische Analyse enthält der Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, April 2005, Die Änderung am Stabilitäts- und Wachstumspakt, S. 15-21.

[20] Bereits wenige Monate nach dem Inkrafttreten des ertüchtigten Paktes hat wiederum Deutschland dazu beigetragen, dass eine Paktregel ihren Kerngehalt einbüßte. Mitgliedstaaten mit einem Defizit waren verpflichtet, dieses jährlich um 0,5 % des BIP zu senken, was im Fall Deutschlands zu der Regel uminterpretiert wurde, dass das Defizit „im Durchschnitt" um diesen Prozentsatz zu verringern sei; Rat der Europäischen Union, COUNCIL DECISION giving notice to Germany, in accordance with Article 104(9) of the Treaty establishing the European Community, to take measures for the deficit reduction judged necessary in order to remedy the situation of excessive deficit, Dok. Nr. 7143/06 v. 13. 3. 2006.

[21] 30. Erklärung zum Vertrag von Lissabon, ABl. 2007 Nr. C 115/347 f.

3. Der EG-Vertrag und der ertüchtigte Stabilitäts- und Wachstumspakt waren der europarechtliche Rahmen für die neue Schuldenbremse, die im Jahr 2009 in das Grundgesetz eingefügt worden sind. Nach Art. 109 Abs. 2 GG in der Fassung der Zweiten Föderalismusreform erfüllen „Bund und Länder (...) gemeinsam die Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft auf Grund des Artikels 104 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zur Einhaltung der Haushaltsdisziplin und tragen in diesem Rahmen den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung."

Zu diesem Zeitpunkt enthielt das Grundgesetz den bereits im Jahr 2006 eingefügten Artikel, wonach etwaige Sanktionszahlungen aus einem Defizitverfahren von Bund und Ländern gemeinsam, nach einem speziellen Verteilungsschlüssel zu tragen seien (Art. 109 Abs. 5 GG).[22]

Der zeitliche Zusammenhang mit der Reform des Stabilitäts- und Wachstumspaktes ist sicherlich kein Zufall und deutet darauf hin, dass nicht nur die innerstaatliche Haushaltsdisziplin gestärkt werden sollte, sondern tatsächliche Zahlungsverpflichtungen für praktisch bedeutsamer gehalten wurden.[23] Der Bund war in den Jahren 2003 und 2006 den bevorstehenden Sanktionen knapp entgangen, nun wollte man auch nach Innen besser vorbereitet sein.

Mit dem Vertrag von Lissabon nutzen die Mitgliedstaaten die Gelegenheit, das Primärrecht der europäischen Schuldenbremse zu ändern.[24] Der Vertrag verbesserte leicht die Stellung der Kommission und änderte im Rat die Verfahrensregeln zulasten von Defizitstaaten.

Diese Änderungen sind Marginalien im Vergleich zu den Schritten, die die Europäische Union aufgrund der europäischen Staatsschuldenkrise mittlerweile unternommen hat.[25] Denn der europäische Gesetzgeber hat nach einem konfliktreichen Gesetzgebungsverfahren im November 2011 sechs Sekundärrechtsakte – das so genannte *six pack* – angenommen. Die Rechtsakte ändern den Stabilitäts- und Wachstumspakt substantiell sowohl im Hinblick auf die Verfahrensregeln als auch auf die materiellen Voraussetzungen.[26] Ein Defizitverfahren kann nunmehr auch

---

[22] Siehe dazu das Gesetz zur innerstaatlichen Aufteilung von unverzinslichen Einlagen und Geldbußen gemäß Artikel 104 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Sanktionszahlungs-Aufteilungsgesetz – SZAG) v. 5. 9. 2006, BGBl. I, 2098, 2104.

[23] *Maxi Koemm*, Eine Bremse für die Staatsverschuldung?, 2011, S. 25 f. mwN.

[24] Zusf. *Ulrich Häde*, Die Wirtschafts- und Währungsunion im Vertrag von Lissabon, EuR 2009, S. 200 ff.

[25] Näher dazu *Frank Schorkopf*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 183 (191 ff.); zu den Reformen im Bereich des europäischen Finanzmartkrechts *Niahm Moloney* EU Financial Regulation after the Global Financial Crisis, CMLR 47 (2010), S. 1317 ff.

[26] Beim six pack handelt es sich um vier Verordnungen des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. 11. 2011: VO (EU) Nr. 1173/2011 über die wirksame Durchsetzung der haushaltspolitischen Überwachung im Euro-Währungsgebiet; VO (EU) Nr. 1174/2011 über Durchsetzungsmaßnahmen zur Korrektur übermäßiger makroökonomischer Ungleichgewichte im Euro-Währungsgebiet; VO

bei einem Schuldenstand von mehr als 60 % des BIP eingeleitet werden. Der Rat kann eine Sanktionsempfehlung der Kommission nur noch mit qualifizierter Mehrheit aufhalten, wenn er zuvor mit qualifizierter Mehrheit positiv festgestellt hat, dass ein Mitgliedstaat gegen die Vorgaben verstoßen hat. Im so genannten „präventiven Teil" des Paktes können Sanktionen in Form unverzinslicher Einlagen verhängt werden, wenn strukturelle Haushaltsdefizite, die um 0,5 % des BIP oder in zwei Jahren im Durchschnitt um 0,25 % des BIP höher ausfallen als in den mittelfristigen Haushaltsvorgaben gestattet.

Neue Ausgabenregeln sollen sicherstellen, dass die Mitgliedstaaten unerwartete Mehreinnahmen zum Schuldenabbau verwenden Ein neues Verfahren der makroökonomischen Überwachung soll helfen, Ungleichgewichte in der Leistungsbilanz, wozu auch die von Deutschland stetig erzielten Überschüsse zählen, zu erkennen und zu korrigieren.[27]

Die insgesamt vier Verordnungen von Parlament und Rat sowie jeweils eine Richtlinie und eine Verordnung des Rates sind bereits im Dezember 2011 in Kraft getreten. Zwei weitere Sekundärrechtsakte über mitgliedstaatliche Informationspflichten – man spricht vom *two pack*, das die Kommission vorgeschlagen hat, befinden sich im Gesetzgebungsverfahren.[28]

Die Schuldenbremse im Grundgesetz wird in Zukunft aber nicht nur im Zusammenhang mit dem six pack, sondern außerdem mit dem neuen „Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion" – gemeint ist der Fiskalvertrag (FV) – ausgelegt und angewendet werden müssen. Deutschland möchte die mit dem „Sechserpack" eingeführten Standards zum einen konstitutionalisieren, d.h. der Änderung im Rahmen ordentlicher Gesetzge-

(EU) Nr. 1175/2011 zur Änderung der VO (EG) Nr. 1466/97 des Rates über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken und VO (EU) Nr. 1176/2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte; siehe insgesamt ABl. EU 2011 Nr. L 306/1-32; sowie um die Verordnung (EU) Nr. 1177/2011 des Rates zur Änderung der VO (EG) Nr. 1467/97 über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit, ABl. 2011 Nr. *L 306/33* und die Richtlinie 2011/85/EU des Rates über die Anforderungen an die haushaltspolitischen Rahmen der Mitgliedstaaten, jeweils v. 8. 11. 2011, ABl. 2011 Nr. L 306/33.

[27] Eine kritische Gesamtanalyse des six pack bei *Matthias Kullas*, Kann der reformierte Stabilitäts- und Wachstumspakt den Euro retten?, cepStudie, Oktober 2011.

[28] Es handelt sich um den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Ausbau der wirtschafts- und haushaltspolitischen Überwachung von Mitgliedstaaten, die von gravierenden Schwierigkeiten in Bezug auf ihre finanzielle Stabilität im Euro-Währungsgebiet betroffen oder bedroht sind, KOM (2011) 819 und Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Bestimmungen für die Überwachung und Bewertung der Übersichten über die gesamtstaatliche Haushaltsplanung und für die Gewährleistung der Korrektur übermäßiger Defizite der Mitgliedstaaten im Euro-Währungsgebiet, KOM (2011) 821, jeweils v. 23. 11. 2011; siehe außerdem das Grünbuch über die Durchführbarkeit der Einführung von Stabilitätsanleihen, KOM (2011) 818 v. 23. 11. 2011 – alternativ zum Begriff „Stabilitätsanleihen" kann auch von „Euro-Bonds" gesprochen werden, zu letzteren *Sebastian Müller-*Franken, Eurobonds und Grundgesetz, Juristenzeitung 67 (2012), S. 219 ff.

bung entziehen und zum anderen deren Verpflichtungsniveau hin auf eine Stabilitätsunion steigern. Doch worum handelt es sich bei diesem Fiskalvertrag? Was ist der Kontext dieses Vertrages?

IV. Konstitutionalisierung der Schuldenbremse

1. Das Verständnis des Fiskalvertrages erschließt sich über ein Strategiedokument des Auswärtigen Amtes. Es ist den Mitgliedern des Bundestages bereits im vergangenen Oktober zugegangen. Danach müsse sich Deutschland vier Herausforderungen stellen, um „die gegenwärtige Staatsschuldenkrise im Euro-Raum dauerhaft zu überwinden." Neben kurzfristigem Krisen-Management seien entscheidende Schritte hin zu einer „echten Stabilitätsunion" zu unternehmen, d.h. es müsse „eine Kultur solider Haushaltsführung verbindlich und fest" verankert werden. Bei der Errichtung einer solchen wirtschafts- und finanzpolitischen Stabilitätsunion stellten sich „Fragen der politischen Verfasstheit Europas in neuem Licht"; Europa müsse die Finanzverfassung gegeben werden, die es brauche.

Der reformierte Stabilitäts- und Wachstumspakt wird ergänzt werden durch völkerrechtliche Verpflichtungen: Die Vertragsstaaten akzeptieren eine striktere Defizitgrenze und automatische Sanktionen bei Defizitverstößen, versprechen, Schuldenbremsen in ihr nationales Recht einzuführen. Sie eröffnen einen Rechtsweg zum Europäischen Gerichtshof, der es allerdings nur ermöglicht, die ordnungsgemäße Verankerung der von der Kommission noch zu konkretisierenden Schuldenbremse zu überprüfen.

Es ist für das Verständnis des Fiskalvertrages außerdem wichtig, dass zu dem Zeitpunkt, an dem der Vertrag abgeschlossen wurde, bereits zahlreiche Krisenreaktions-Maßnahmen in Kraft getreten oder zumindest vereinbart worden waren: Das wirtschaftspolitische Zusammenwirken der Euro-Staaten soll durch eine „Arbeitsgruppe Wirtschaftspolitische Steuerung"[29] und den so genannten Euro-Plus-Pakt vom März 2011 verbessert werden.[30] Die währungspolitische Seite der Union soll dadurch gestärkt werden, dass eine neue Norm in den AEU-Vertrag eingefügt werden wird (Art. 136 Abs. 3),[31] die wiederum den Europäischen Stabilisierungs-

---

[29] Europäischer Rat, Schlussfolgerungen der Tagung v. 28./29. 10. 2010, EUCO 25/10, 1 f.

[30] Der Euro-Plus-Pakt ist abgedruckt als Anlage I zu den Schlussfolgerungen der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets v. 11. 3. 2011, („Ein Pakt für den Euro"); siehe auch Europäischer Rat, Schlussfolgerungen der Tagung v. 24./25. 3. 2011, EUCO 10/1/11 Rev 1, Anlage I.

[31] Europäischer Rat: Schlussfolgerungen v. 16./17. 12. 2010, EUCO 30/10, Anlage I.; siehe Unterrichtung durch die Bundesregierung: BR-Drs. 872/10, Deutscher Bundestag: BT-Drs. 17/4880 sowie den Beschluss v. 17. 3. 2011, Plen Prot. 17/96, 11015 C. Mit Kritik *Ulrich Häde*, Art. 136 AEUV – eine neue Generalklausel für die Wirtschafts- und Währungsunion?, Juristenzeitung 66 (2011), S. 333 ff.

mechanismus (ESM) ermöglichen soll[32] – beide Maßnahmen werden den befristeten Euro-Rettungsfonds ablösen und verstetigen.[33] Während der ESM das Geld strukturiert austeilen wird, soll der Fiskalvertrag den Kreditbedarf strukturell begrenzen.

2. Das Herz des Fiskalvertrages schlägt in Titel III. Er ist nach der Überschrift der eigentliche „Fiskalpolitische Pakt".[34] Die Vertragsparteien verpflichten sich, zusätzlich zu ihren Vertragspflichten aus dem Unionsrecht:

- den gesamtstaatlichen Haushalt auszugleichen oder einen Überschuss auszuweisen (Art. 3 Abs. 1 lit. a FV – „Goldene Regel"),
- bei Nichterreichung dieses Ziels entsprechende fiskalpolitische Korrekturmaßnahmen innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu ergreifen (Art. 3 Abs. 1 lit. e FV),
- die Defizitregeln und den Korrekturmechanismus innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten des Fiskalvertrages in verbindlicher und dauerhafter Rechtsform, „vorzugsweise mit Verfassungsrang", zu verankern (Art. 3 Abs. 2 FV),
- eine über dem Schwellenwert von 60 Prozent liegende gesamtstaatliche Verschuldung um jährlich durchschnittlich ein Zwanzigstel („1/20-Regelung") zu verringern[35] (Art. 4 FV),
- im Fall eines Defizitverfahrens dem Rat und der Kommission eine detaillierte Beschreibung des zu beschließenden und umzusetzenden Strukturprogramms zur Genehmigung vorzulegen (Art. 5 FV) und
- den Rat und die Kommission über die geplante Begebung von Staatsschuldtiteln im Voraus zu unterrichten (Art. 6 FV).

---

[32] Europäischer Rat: Schlussfolgerungen des Vorsitzes v. 24./25. 3. 2011, EUCO 10/1/11 Rev 1, Anlage II; Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zu dem Vertrag v. 2.2. 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus, BT-Drs. 17/9045, der Vertragstext (T/ESM/2012/DE) ist beigefügt. Zur Entwurfsfassung *Hanno Kube/Ekkehart Reimer*, Die Sicherung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion: Rückkehr in die Bahnen des Rechts, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 26 (2011), S. 332 ff.

[33] Der Rettungsfonds, der wohlwollend auch als Rettungsschirm bezeichnet wird, besteht aus der Europäischen Finanzstabilisierungs-Fazilität, EFSF Rahmenvertrag v. 7. 6. 2010, zugänglich unter http:// www.efsf.europa.eu und der Verordnung (EU) Nr. 407/2010 des Rates v. 11. 5. 2011 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (ESFM), ABl. EU 2011 Nr. L 118/1, für die Einzelheiten siehe *Martin Nettesheim*, Der Umbau der europäischen Währungsunion, in: Kadelbach (Hrsg.): Nach der Finanzkrise, 2012, S. 31 ff.

[34] Zu diesem Abschnitt siehe bereits *Frank Schorkopf*, Europas politische Verfasstheit im Lichte des Fiskalvertrages, ZSE 10 (2012), S. 1 (6 ff.). Näher zum Fiskalvertrag auch *Christian Calliess/Christoph Schönfleisch*, Auf dem Weg in die europäische „Fiskalunion"?, JZ 67 (2012), 10, S. 477 ff. sowie die Beiträge in *Anna Kocharov* (ed.), Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty, EUI Working Papers, LAW 2012/09.

[35] Die Pflicht zum Schuldenabbau ist nicht sofort nach Inkrafttreten des Fiskalvertrages, sondern nach der dreijährigen Übergangsfrist des Art. 2 Abs. 1a VO (EG) Nr. 1467/97 idF der VO 1177/2011 anwendbar, vgl. die Antwort der Bundesregierung auf die Frage des Abgeordneten Alexander Ulrich, BT-Drs. 17/8637, Nr. 58, 38.

Die Goldene Regel eines Haushaltsausgleichs (Art. 3 Abs. 1 lit. a FV) gilt als eingehalten, wenn – verkürzt ausgedrückt – ein jährliches strukturelles Defizit unterhalb von 0,5 Prozent des Bruttoinlandsproduktes (BIP) eingehalten wird. Die Regelung übererfüllt die politischen Vorgaben des Europäischen Rates vom 9. Dezember 2011.[36] Von der Regel darf unter „außergewöhnlichen Umständen vorübergehend" abgewichen werden, wobei diese Umstände, die als Tatbestandsmerkmal „außergewöhnliche Ereignisse" des Art. 122 Abs. 2 AEUV bei den Griechenlandhilfen eine wichtige Rolle spielten,[37] vom Fiskalvertrag definiert werden. „Außergewöhnliche Umstände" sind danach ein außergewöhnliches Ereignis, das sich der Kontrolle der betreffenden Vertragspartei entzieht und erhebliche Auswirkungen auf die Lage der öffentlichen Finanzen hat – Sie denken zu Recht an Ereignisse wie die Katastrophe in Fukushima –, oder ein schwerer Konjunkturabschwung im Sinne des geänderten Stabilitäts- und Wachstumspakts, vorausgesetzt, die vorübergehende Abweichung der betreffenden Vertragspartei gefährdet nicht die mittelfristige Tragfähigkeit der öffentlichen Finanzen.[38]

Die Kernregelungen des Fiskalvertrages nehmen in der Begriffswahl und durch ausdrückliche Hinweise auf den geänderten Stabilitäts- und Wachstumspakt Bezug. Im Ergebnis lässt sich sagen, dass der Fiskalvertrag die fiskalpolitischen Anforderungen an die Mitgliedstaaten verdoppelt hat.

3. Die öffentliche Debatte seit dem französischen Präsidentschaftswahlkampf, dass der Fiskalvertrag keine Wachstumskomponente enthalte, hat die durchaus vorhandenen wirtschaftspolitischen Elemente des Vertrages in den Hintergrund treten lassen. In der Erklärung des Europäischen Rates vom 9. Dezember 2011 verpflichteten sich die Staats- und Regierungschefs, auf eine gemeinsame Wirtschaftspolitik hinzuarbeiten. Zu diesem Zweck sollte ein Verfahren eingeführt werden, das sicherstellt, dass alle wichtigen wirtschaftspolitischen Reformpläne der Euro-Staaten auf Ebene des Euro-Währungsgebiets erörtert und abgestimmt

---

[36] Europäischer Rat: Erklärung der Staats- und Regierungschefs des Eurowährungsgebiets v. 9.12.2011, Ziff. 4, 1. Spiegelstr., wonach „das jährliche strukturelle Defizit generell 0,5 Prozent des nominellen BIP nicht übersteigt" (not exceeding), was im vierten Vertragsentwurf durch die schärfere Formulierung „mit einer Untergrenze von" (a lower limit of) ersetzt wurde.

[37] Zu dieser Debatte *Kai Hentschelmann*, Finanzhilfen im Lichte der No-Bailout-Klausel, Europarecht 46 (2011), 282-312; *Joachim Wieland*, Der Rettungsschirm für Irland, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 30 (2011), S. 340 (342); *Christoph Herrmann*, Griechische Tragödie – der währungsverfassungsrechtliche Rahmen für die Rettung, den Austritt oder den Ausschluss von überschuldeten Staaten aus der Eurozone, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 21 (2010), 413 (415); *Christian Calliess*, Perspektive des Euro zwischen Solidarität und Recht, Zeitschrift für europarechtliche Studien (2011), S. 213 (268); *Jean-Victor Louis*, Guest Editorial: The No-bailout Clause and Rescue Packages, Common Market Law Review 47 (2010), S. 971 ff.; *Ulrich Jan Schröder*, Die Griechenlandhilfen im Falle ihrer Unionsrechtswidrigkeit, Die öffentliche Verwaltung 64 (2011), S. 61 ff.; *Ulrich Hufeld*, Zwischen Notrettung und Rütlischwur, Integration 34 (2011), S. 117 ff.

[38] Art. 3 Abs. 3 lit. b FV; siehe bereits Art. 5 Abs. 1 UAbs. 10 VO (EG) Nr. 1466/97 idF der VO 1175/2011.

werden, um „*benchmarks* für vorbildliche Vorgehensweisen festzulegen".[39] Art. 9 und 11 FV setzen diese Verpflichtung mit demselben Grad an Verbindlichkeit um („verpflichten sich [...], gemeinsam auf eine Wirtschaftspolitik hinzuarbeiten"). Um vorbildliche Maßstäbe festzulegen, werden die Vertragsparteien „größere wirtschaftspolitische Reformen" vorab erörtern und unter Umständen auch koordinieren.[40] Es wird ausdrücklich auf das Instrument der verstärkten Zusammenarbeit verwiesen,[41] von dem die Vertragsparteien zwecks reibungslosem Funktionieren des Währungsgebiets „aktiven Gebrauch" machen wollen (Art. 10 FV).[42]

Die Aussagen in diesem Titel IV des Fiskalvertrages scheinen sich auf den ersten Blick im üblichen Rahmen der wirtschaftspolitischen Koordinierung zu halten.[43] Die Forderungen aus Paris, den Fiskalvertrag nachverhandeln zu wollen, scheinen nicht ganz unbegründet zu sein. Die gut nachvollziehbare Verhandlungsgeschichte des Fiskalvertrages zeigt jedoch, dass die Delegationen um einzelne Formulierungen und Wörter gerungen haben.

4. Welche Bedeutung hat dieses europäische Präventivinstrument auf das nationale, deutsche Präventivinstrument der Schuldenbremse im Grundgesetz?

Eine exakte Antwort ist derzeit nicht zu gegeben, weil der Fiskalvertrag die Kommission beauftragt, gemeinsame Grundsätze zu veröffentlichen, nach denen die Schuldenbremse in das jeweilige nationale Recht der Vertragsparteien – innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten des Vertrages – umzusetzen ist (Art. 3 Abs. 2 FV).

Eines ist jedoch sicher, der zeitliche Rahmen lässt den Mitgliedstaaten nur noch einen begrenzten Spielraum, mit defizitären Haushalten politisch zu gestalten. Das führt zu recht gegensätzlichen Verhaltensweisen in den Ländern, die teilweise sehr hohe Schuldenquoten aufweisen. Für die hier interessierende Perspektive interessant ist sicherlich Nordrhein-Westfalen. Nach dem Regierungswechsel im bevölkerungsreichsten Land im Juli 2010 erhöhte die neue Landesre-

---

[39] Europäischer Rat, Erklärung der Staats- und Regierungschefs des Eurowährungsgebiets vom 9. 12. 2011, Ziff. 9.

[40] Bei dieser Formulierung könnte an die zwischen Deutschland und Frankreich bereits besprochene Harmonisierung der Unternehmenssteuern und der Bemessungsgrundlagen sowie an die Einführung neuer Steuern, wie etwa einer Finanztransaktionssteuer, aber auch an Reformen des Arbeitsmarktes und der Rentensysteme gedacht sein, vgl. Gemeinsamer Deutsch-Französischer Brief an EU-Ratspräsident *Herman Van Rompuy*, o. Datum (August 2011), zitiert nach der vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung veröffentlichten Fassung.

[41] Siehe Art. 20, 326 bis 334 AEUV; ein Hinweis auf die Verstärkte Zusammenarbeit ist bereits enthalten in dem Gemeinsamen Deutsch-Französischen Brief an EU-Ratspräsident *Herman Van Rompuy*, Fn. 40.

[42] Dabei fällt auf, dass der Binnenmarkt ausdrücklich hervorgehoben wird. Er dürfe nicht beeinträchtigt werden, während der von Art. 326 Abs. 2 AEUV gleichfalls genannte wirtschaftliche, soziale und territoriale Zusammenhalt sowie der Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen und Diskriminierungen nicht eigens betont werden.

[43] Einen neueren Überblick gibt *Martin Seidel*, Eine Wirtschaftsregierung für die Europäische Union, in: Müller-Graff/Schmahl/Skouris (Hg.): Festschrift für Dieter H. Scheuing, Baden-Baden, 2011, S. 717 ff.

gierung die Nettoneuverschuldung erheblich. Sie begründete diesen Schritt insbesondere mit dem Präventivargument, dass die Gelder einer *vorbeugenden Sozialpolitik* dienten. Mit anderen Worten, mit dem Geld finanziere das Land sozialpolitische Maßnahmen, die staatlichen Pflichtausgaben in der Zukunft vorbeugten.[44] Der Ausbau präventiver Strategien und Angebote ziele auf die Vermeidung problematischer Lebens- und Bildungskarrieren, die Folgekosten verursachten, denen der Staat aufgrund seines sozialstaatlichen Fürsorgeauftrages nicht ausweichen könne.

Dieser, durchaus diskussionswürdige Ansatz verträgt sich allerdings nur dann mit dem Gebot der normativen Begrenzung öffentlicher Verschuldung, wenn die Kosten aus den Einnahmen gedeckt werden können. Die deutsche Schuldenbremse wird jedoch vollständig für den Bund am 31. Dezember 2015 und für die Länder bis Ende 2019 greifen. Mit dem Inkrafttreten des Fiskalvertrages sind die Schuldenbremsen spätestens innerhalb eines Jahres nach dem Inkrafttreten einzuführen – mit anderen Worten, vermutlich in der ersten Hälfte des Jahres 2014. Die Fristen werden also nochmals verkürzt.[45]

Der gegenwärtige Rechtsrahmen, die Bemühungen um seine Konstitutionalisierung, lässt keinen Zweifel daran, dass sich die Schuldenbremsen durchsetzen sollen. Wer also weiterhin mit Geld politisch gestalten will, der kann das nur in dem verfügbaren Finanzrahmen tun. Beruht aber nicht ein Konzept wie die „vorbeugende Sozialpolitik“ auf einem Konzept, das langfristig Freiheitsräume erhält und Bürgern neue Freiheitsräume erschließt, das soziale Sicherheit gewährleistet? Eine Antwort drängt in Richtung auf eine Entpolitisierung unseres öffentlichen Lebens.

V. Entpolitisierung als Chance zur Repolitisierung[46]

1. Nach der zweiten Föderalismuskommission im Jahr 2009 und dem Inkrafttreten der Schuldenbremse begann erneut eine Diskussion an, ob die Länder nun endgültig ihren Anspruch auf Staatlichkeit aufgegeben hätten.[47] Wie müsste diese These nach einem Inkrafttreten des Fiskalvertrages ausfallen?

---

[44] Siehe dazu Prognos AG, Gutachten – Soziale Folgekosten, Bilanzierung der sozialen Folgekosten in Nordrhein-Westfalen 15. Februar 2011, zugänglich unter http://www.nrw.de/studie/.

[45] Allerdings sieht die Kernregelung des Fiskalvertrages kein exaktes Datum für die Anpassung der Staaten an ihr jeweiliges mittelfristiges Haushaltsziel vor (Art. 3 Abs. 1 lit. b Satz 2 FV). Die Kommission soll in diesem Fall entsprechende Korridore vorschlagen.

[46] Zu diesem Teil siehe bereits *Frank Schorkopf*, Die Schuldenbremse und Europa, in: Heintzen (Hrsg.), Auf dem Weg zu nachhaltig ausgeglichenen öffentlichen Haushalten, Baden-Baden 2013, S. 119 ff.

[47] *Bardo Fassbender*, Eigenstaatlichkeit und Verschuldungsfähigkeit der Länder, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 28 (2009), S. 737 (738 ff.); *Hans-Peter Schneider*, Haushaltswirtschaft der Länder – Verfassungsrechtliche Grenzen einer „Schuldenbremse“, dms – der moderne Staat 4 (2011), S. 465-480; *Alexander Thiele*, Das Ende der Länder?, Niedersächsische Verwaltungsblätter 17 (2010), S. 89 ff.

Das Instrument der Schuldenbremse ist die Antwort auf die Erfahrung der letzten vier Jahrzehnte, in denen demokratisch verantwortetes Rechtsetzen und Regieren in Deutschland eine gesamtstaatlichen Schuldensaldo von 82 % des Bruttoinlandsprodukt aufgebaut hat.[48] Es handelt sich nicht um zweifelhafte Schulden, wie sie in manchen Entwicklungs- und Schwellenländern bestehen, in denen sich ein politische Klasse oder gar nur Einzelne persönlich bereichert haben.[49] Nicht nur für Deutschland, sondern für alle Euro-Staaten – wie auch für die Vereinigten Staaten und Japan – gilt, dass die Schulden von parlamentarischen Entscheidungen getragen sind.[50] Mit Blick auf diesen Befund und die bislang erfolglosen Versuche, Schulden zu tilgen, ist die Forderung verständlich, dass die Haushalts- und Finanzpolitik ein Stück weit entpolitisiert werden muss.[51]

Bei der Suche nach einer Antwort auf vergewissernde Rückfragen, ob denn dieser Schritt nicht an den Grundstrukturen selbstbestimmter politischer Herrschaft rühre, können wir gerade in Deutschland auf Erfahrungen verweisen. Die verfassungsrechtliche Debatte über die demokratische Legitimation der Deutschen Bundesbank, deren geldpolitischen Entscheidungen der Tagespolitik entzogen waren, ist dafür das sogar thematisch einschlägige Referenzbeispiel.[52] Die Verselbständigung der Europäischen Zentralbank in den letzten Monaten, die ihr normatives Programm eigenmächtig zu erweitern scheint, fügt diesem Erfolgsmoment allerdings eine doch recht große Menge Wasser hinzu.

Aus der Anwendung der Schuldenbremse werden sich gleichwohl auch in anderen Bereichen als der Sozialpolitik erhebliche politische Zugkräfte entwickeln, deren Vorboten sich in den letzten Wahlkämpfen bereits bemerkbar machen. Denn Deutschland steht, sollten die Schuldenbremsen in Bund und Ländern denn angewendet werden, vor einen Politikwechsel. Soziale Verteilungsentscheidungen werden in Zukunft nur noch eingeschränkt durch finanzielle Zuwendungen entschieden und damit politisch entschärft werden können.[53]

Der soziale Umbau einer Gesellschaft, der spätestens seit 1969 in Deutschland amtliche, von der ökonomischen Doktrin getragene Politik war, kann nicht mehr durch Kredite finanziert werden. Die mittelbare Botschaft der Schuldenbremsen ist, dass Geld nicht länger das Hauptmedium politischer Gestaltung sein soll.

---

[48] Quelle: Eurostat, Öffentlicher Bruttoschuldenstand, Prozentanteil des BIP, in Deutschland 2010 = 83 %, 2011 = 81,2 %. Im Jahr 2008 lag die Quote bei 66,7 %.

[49] *Christoph G. Paulus*, The evolution of the „concept of odious debts“, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 68 (2008), S. 391 ff.

[50] Für politökonomische Erklärungen der Verschuldungsneigung *Werner Heun*, Steuerung der Staatsverschuldung durch Verfassungsrecht im Widerstreit, ZSE 7 (2009), S. 552 (560 f.).

[51] *Thomas de Maizière*, Den Teufelskreis durchbrechen: zum Jubiläum des Grundgesetzes eine Schuldenbremse: Bund und Länder engen damit nicht etwa die Rechte der Parlamente ein, sondern den Spielraum, Schulden zu machen, in: Müller (Hrsg.), Staat und Recht, 2011, S. 191-193.

[52] *Frauke Brosius-Gersdorf*, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, 1997.

[53] Bemerkenswert ist, dass die Schuldenbremse der Schweiz, die das Vorbild für die deutsche Regelung ist, bislang nicht auf die schweizerischen Sozialversicherungen anwendbar ist, vgl. *Lars P. Feld/Christoph A. Schaltegger*, Soziale Sicherheit sichern, 2011.

Die Politik wird entweder auf den regulären Haushalt zurückgreifen oder einen wirtschaftlichen Rahmen setzen müssen, der die erforderlichen Geldsummen durch Wachstum entstehen lässt. Prävention „auf Pump" wird nur noch sehr eingeschränkt möglich sein.

2. Dieser strukturelle Wechsel fällt in einem Zeitraum, in dem die europäische Ebene die monetäre Politikgestaltung gerade erst entdeckt. Der vielleicht bedeutendste Entwicklungsschritt der Europäischen Union in diesem Zusammenhang ist die bislang kaum beachtete Sozialklausel in den EU-Verträgen (Art. 9 AEUV). Mit dem Artikel haben die Mitgliedstaaten die Idee vom europäischen Sozialmodell in die Verträge aufgenommen.

Das europäische Sozialmodell ist das sozialpolitische Gegenstück zur Wirtschafts- und Währungsunion. Die europäische Integration soll nicht funktional auf den Bereich der Wirtschaft begrenzt sein, sondern zugleich die materiellen Grundbedürfnisse der Menschen, ihre gesellschaftliche Teilhabe und den sozialen Zusammenhalt im und gegenüber dem Binnenmarkt in den Blick nehmen.

Als Kern des europäischen Modells werden die Abmilderung der nationalen Unterschiede in der Union und die „sichtbaren europäischen Besonderheiten in der öffentlichen sozialen Sicherung" – etwa in der Krankenversicherung – gesehen.[54] Das Modell konkretisiert den Anspruch, mit der Union eine europäische Identität zu prägen, die sich darin konkretisiert, in welchem Umfang *europäische* Wohlfahrtssysteme Leistungen gewähren, wie sie die Anspruchsberechtigung begründen und durch welche Finanzierung und Organisation sie getragen werden.[55]

Die Karriere des Begriffs „europäische Solidarität" könnte insoweit die bisherige Leitvokabel „Integration" verdrängt haben, in dem Sinn einer „zweiten Integration". Wer für Solidarität eintritt, möchte die europäische Integration vertiefen.

Die Meinungsverschiedenheiten zwischen der Kommission und dem Europäischen Parlament einerseits und dem Rat und den Mitgliedstaaten andererseits über den nächsten europäischen Finanzrahmen, in dem es besonders auch um den absoluten Haushaltsdeckel von 1,24 % des Bruttonationaleinkommens aller EU-Mitgliedstaaten geht, wird vor diesem hintergründigen Gestaltungsanspruch wie vertraglichen Gestaltungsauftrag verständlicher. Die Europäische Union erhält Ziele und Aufgaben, wie sie Finanztransfers umsetzen will und soll. Zugleich wer-

[54] *Hartmut Kaelble*, Das europäische Sozialmodell – eine historische Perspektive, in: Kaelble/Schmid (Hrsg.), Das Europäische Sozialmodell, 2004, S. 31 (34); zusf. *Frank Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union, Art. 9 AEUV Rn. 3 ff.

[55] Der Wortlaut des Art. 9 AEUV spiegelt allerdings auch den Dissens in der EU, welchen Bedingungen ein europäisches Sozialmodell gehorcht, d.h. ob es voraussetzungslos als Wert an sich oder auf der Grundlage einer leistungsfähigen Wirtschaftsordnung gewährleistet ist, vgl. Europäischer Rat von Barcelona, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, BullEU Nr. 3-2002, Ziff. I.20; Abschlussbericht der Arbeitsgruppe des Konvents „Soziales Europa", CONV 51671/03 REV v. 4. 2. 2003, Ziff. 17. Zur Diskussion im Schrifttum *Robert Rebhahn*, Gibt es ein Europäisches Sozialmodell der Arbeitsbeziehungen?, ZESAR 2009, S. 159 ff.; *Hartmut Marhold*, Europäisches Sozialmodell, Integration 30 (2007), S. 189 ff.

den der Union eigene Steuern verweigert und die Finanzzuweisungen durch die Mitgliedstaaten bleiben begrenzt.

3. An dieser Stelle der Argumentation ist noch einmal der erwähnte zentrale wirtschaftspolitische Dissens zwischen Deutschland und Frankreich in den Blick zu nehmen. Der Stabilitäts- und Wachstumspakt und der um einen Wachstumspakt ergänzte Fiskalvertrag sind die institutionellen Ausprägungen eines Konsenses über die gemeinsame europäische Wirtschaftsverfassung. Auch im europäischen Kontext könnte man sagen, dass diese Wirtschaftsverfassung neutral sei, um den tagespolitischen Lösungen für wirtschaftliche und soziale Probleme keine unnötigen normativen Grenzen zu setzen.

So ist denn in der Politik der Schuldenbremsen ein wirtschafts- und finanzpolitisches Programm versteckt. Es geht mit diesem Instrument, wenn es denn tatsächlich angewendet werden wird, notwendig einher. Schuldenbremsen werden die politische Auseinandersetzung auf den Gegensatz hoheitlicher Aufgabenbegrenzung im Sinne von weniger Staat – weniger Union einerseits und die Einnahmesteigerung durch Wachstum, vor allem aber Abgaben- und Steuererhöhungen andererseits zuspitzen. Weil sich viele Beobachter gegenwärtig nicht vorstellen können, dass die Politik sich in diesen Schraubstock wird spannen, dass die Europäische Union sich ihr auf Bürgerempathie ausgerichtetes europäisches Sozialmodell wird nehmen lassen, sind hier und dort Hinweise zu hören, wie die Schuldenbremsen umgangen, verwässert oder gar aufgeben werden könnten.[56]

Die Entwicklungsgeschichte der ersten europäischen Schuldenbremse, des Stabilitäts- und Wachstumspaktes, ist ein sprechendes Beispiel und die relativierenden Hinweise auf Katastrophen, außergewöhnliche Situationen und konjunkturelle Schwankungen sind zweifelsohne Sollbruchstellen im gegenwärtigen Rechtsrahmen. Schließlich steht es außer Frage, dass die Schuldenbremsen zu untragbaren Ergebnissen führen würden, wenn auch nur ein Teil der „Rettungskredite" und weiteren Finanzhilfen haushaltswirksam werden würden und somit aus dem laufenden Budgets der solventen Mitgliedstaaten finanziert werden müssten.

In dieser Ausgangslage einer weiteren Entpolitisierung des öffentlichen Lebens liegt aber zugleich eine große Chance, politische Alternativen wieder sichtbar zu machen. Die Bürger scheinen nicht erst seit der europäischen Staatsschuldenkrise zu ahnen, wenn nicht sogar mehrheitlich zu wissen, dass der Schuldenstaat national und europäisch an eine Grenze gestoßen ist.

---

[56] Zu Ausweichmöglichkeiten der Finanzpolitik *C. Mayer* Greift die neue Schuldenbremse?, AöR 136 (2011), 266 (306 ff.); *Clemens Hetschko*, Die Bereinigung um finanzielle Transaktionen: Achillesferse der deutschen Schuldenbremse, DVBl. 127 (2012), S. 743 ff.. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang auch die europäische Statistikregel, nach der Kredite des ESM, anders als die Darlehen im Rahmen der Griechenland-Hilfe und der Euro-Rettungsfonds, in den Staatskonten der Euro-Mitgliedstaaten aufgrund der völkerrechtlichen Konstruktion des ESM nicht als Anstieg der öffentlichen Verschuldung angerechnet werden, vgl. Europäische Zentralbank, Monatsbericht 7/2011, S. 89 f.

Wenn die Schuldenbremse im Grundgesetz die Zahl der politischen Handlungsalternativen verringert, dann können politische Parteien sich diese zu eigenen machen, können die Alternativen programmatisch zuspitzen und im öffentlichen Meinungskampf sichtbar machen. Wenn außerdem die Europäische Union finanzielle Austerität einfordert, es den Mitgliedstaaten aber überlässt, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, dann ist auch deutlich, dass diese Maßnahmen nur auf der nationalen Ebene entschieden und verantwortet werden können.

Das präventive Instrument der Schuldenbremse birgt die Chance auf eine politisch vitale Gesellschaft mit selbstbewussten Bürgern.

II. Sicherheit und Risiken im Internet und in der Elektrizitätsversorgung

The Unbundling of Electricity Transmission
A Comparative Analysis of Regulatory Methods in the US, EU and Japan

Toshiaki Takigawa

I. Introduction

A stable supply of energy is indispensable for maintaining a prosperous society which relies heavily on electricity. The impending peaking of the oil supply (as well as the need for alternative energy to cope with global warming) has made it imperative to seek energy sources other than oil. A considerable number of advanced nations have chosen nuclear energy as the energy source replacing oil. However, the catastrophic nuclear accident at Fukushima Daiichi revealed the innate danger of nuclear technology. The German government, after the calamity, announced its wish to discontinue using nuclear power. By contrast, the Japanese government has maintained an ambiguous attitude, but very negative public opinion has made it practically impossible for the government to launch a new project for nuclear power facilities[1].

---

[1] Japanese government's National Policy Unit announced on 14 September 2012 that Japan will phase out nuclear power by 2040 (Jonathan Soble and Javier Blas, " (see following page)

The post-nuclear energy era has made it imperative to radically augment efficiency in the generation and distribution of electricity. Currently, in Japan the acute shortage of electricity has taken hold after the shutdown of nuclear power facilities. The Japanese government urgently needs to review its regulation of the electricity industry with a view to achieving a more efficient supply of electricity, while at the same time ensuring a clean environment through the use of diverse energy sources.

The Japanese government has maintained traditional methods of electricity regulation, which rely on monopolized (and integrated) electricity companies for a stable electricity supply. In contrast, the US and EU regulators have engaged in regulatory reforms to achieve a competitive electricity industry, where unbundling (that is, separation of electricity transmission from generation and retail) has become the key element. This paper conducts a comparative analysis on policies in the US, EU, and Japan regarding unbundling in the electricity industry, and with a view to coming up with concrete policy proposals.

II. Which to Choose: Vertical Integration or Vertical Separation for the Electricity Industry

The electricity industry consists of four segments: (1) generation, (2) transmission, (3) wholesale, and (4) retail. Wholesale consists of sales by a generator (of electricity) to a retailer, as well as sales between generators. Retail consists of sales by a retailer to consumers (corporate customers and households). Among these, generation and wholesale are usually integrated within a single company, because generated electricity needs to be sold to customers. Competition is possible for the segments generation, wholesale and retail, while transmission, being a natural monopoly, does not admit competition.

Electricity transmission (namely grids) is a natural monopoly; therefore, if an electricity company (in possession of a transmission grid) integrates into generation and distribution (wholesale and retail), the monopoly extends from transmission to both generation and distribution, thus making the whole electricity industry into monopoly (or regional monopolies). For this reason, as a key measure to introduce competition into the electricity industry, separating transmission from generation and retail has been proposed and implemented in the US and Europe, as well as in several other countries (Argentine etc.).

However, notable commentators and economists have pointed out merits of vertical integration in industries. First, regarding companies' choice between verti-

(continuation) Japan to phase out nuclear power", *Financial Times*, 14 September 2012). However, the government's ministers offered only qualified endorsement of the new long-term energy strategy, stating that the plan should be implemented "flexibly" and subject to "constant verification and revision" (*Jonathan Soble*, " Doubts rise on Japan's nuclear phase-out", *Financial Times*, 19 September 2012).

cal integration and separation, two laureate economists - Ronald Coase and Oliver Williamson - have emphasized, that vertical integration has the merit of avoiding "transactional costs" caused by, among other things, opportunistic behavior of contact parties.[2]

On the other hand, vertical integration brings about costs owing to lack of market transactions: cost increases brought by a lack of market mechanisms, as well as bureaucratic inefficiencies. Companies, therefore, decide to opt for vertical integration only when its benefits surpass its costs.

Specifically for the electricity industry, other elements are involved in the companies' choice between vertical integration and separation. First, a company in possession of electricity transmission obtains an industry-wide monopoly. This creates a strong incentive for electricity companies to seek vertical integration. Second, the choice between vertical integration and separation is not left free for electricity companies to take; the regulatory agencies often decide whether electricity companies should vertically separate or not. In the US (for states that opted for vertical separation) and the EU, regulatory agencies have imposed (or guided) vertical separation on electricity companies.

III. Maintaining Vertical Integration on Condition of Open Access to Electricity Transmission

In the US, the majority of states[3] have opted to maintaining the vertical integration of the electricity industry from the consideration of merits of vertical integration, as well as because of a fear of disaster which might be caused by vertical separation as evidenced by the large-scale electricity power outage in California (in 2000 and 2001). Among these states, a certain number of states have implemented policies to secure open access to electricity grids in order to bring competition to electricity generation and distribution.

A. Mitigating Demerits of Vertical Integration through Use of Open Access Regulation

In the US, the Federal Energy Regulatory Commission (FERC) and states' public utility commissions (PUCs) have implemented "open access" policies, authorized by the 1978 *Public Utility Regulatory Policies Act* (PURPA). The PURPA mandated incumbent electricity companies to purchase wholesale electricity from independ-

[2] See *Paul Joskow*, "Vertical Integration", The Antitrust Bulletin, Vol.55, No. 3 (2010), at 563-69 (citing Oliver Williamson).

[3] 36 states adopted vertical integration while 14 states adopted unbundling: Source: P.S. Fox-Penner, *Smart Power: Climate Change, the Smart Grid, and the Future of Electric Utilities* (Island Press, 2010), Figure 11-2.

ent generators when their prices are competitive, that is when their prices are less than the costs of the electricity generated in-house by the incumbent company. Costs are measured based on "avoidable costs", which are equivalent to long-term incremental costs for the incumbent companies.
The avoidable-cost based "open access" obligation, if wholly implemented, would create an equal playing field between incumbent companies (i.e. their generation divisions) and independent generators. The ensuing competitive force, the FERC expected, would induce incumbents to voluntarily unbundle electricity transmission in order to concentrate on the competitive generation sector. However, such voluntary unbundling rarely materialized.[4]

B. Difficulties in Securing Open Access

In the US, thanks to the "open access" regulation, independent companies entered the generation (duplicating with wholesale) sector of the electricity industry. Nevertheless, their market shares largely remained below 10 percent in states that implemented the open-access policy. This poor result led to widespread perception that the open access policy alone is not sufficient enough to create competition in the electricity industry, thus pushing California and several northeastern states to implement measures mandating separation of electricity transmission.

The open access policy has turned out to be too insufficient to usher in competition because regulators have found it difficult to monitor incumbents on their observance of the open-access policy. This difficulty is caused by the impossibility of prohibiting "cross-subsidization" across divisions within the incumbent corporate organization. Prohibition of cross-subsidization is necessary for accurately comparing (based on the avoidable costs) relative efficiencies between the incumbents and the independents. However, the US regulators admitted that it is extremely difficult to reveal cross-subsidization clandestinely conducted within an integrated company.[5]

As a measure to prevent cross-subsidization, accounting separation between divisions has been mandated to integrated companies, in order to make transparent the accounting of integrated incumbents. Nevertheless, it is still difficult to secure proper allocation of common costs among different sections within an integrated company.

Moreover, impartiality in transmission conditions hinges on not only transmission pricing but also other elements: regulatory agencies, in particular, need to watch and secure impartialities in transmission priorities in times of tight supply-demand conditions. However, regulators have found it difficult to secure such impartiality because of special characteristics of the electricity industry: electricity

[4] *N.M.Brownell, and K.M.Schmidt*, "Capping Carbon Without Reinventing The Wheel", 18 New York University Environmental Law Journal 36, 44 (2010).
[5] Federal Trade Commission (FTC), *Staff Report: Competition and Consumer Protection Perspectives on Electric Power Regulatory Reform* (July 2000).

cannot be stored, transmission of electricity taking place instantaneously. Therefore, the transmission of electricity cannot be precisely recorded. For this reason, although both customers and generators have lodged with regulators complaints on discriminatory behavior of integrated electricity companies, regulators have not been able to reveal facts on discrimination.[6]

IV. Deficiencies in the Japanese Measures on Open Access

The Japanese agency in charge of electricity regulation – the *Agency for Natural Resources* (the ANR), a branch within the Ministry of Economy and Industry (METI) has exercised a regulation akin to the open-access regulation. This regulation has been exercised based on the *Electricity Business Act*, which authorizes the ANR to issue a remedy-order to an electricity incumbent when a clause in a transmission contract imposed on an independent generator is discriminatory.[7] The ANR is also authorized by the Act to issue a remedy-order to an electricity incumbent when the incumbent improperly rejected a request from an independent generator for access to the incumbent's electricity grid.[8]

Nevertheless, this ban on discrimination has not been effectively enforced, although the incumbents, since around 1997, have been purchasing electricity from independent generators through an auction system.[9] The ineffectiveness of the non-discrimination policy was caused by the fact that the incumbents have limited the amount of electricity purchased to only a portion of their entire demand; a large majority of their electricity demand has been supplied in-house-from their own generation divisions.

The ANR, in the same way as the US counterparts, has adopted "avoidable costs" as a criterion to compare relative efficiencies in generation between integrated incumbents and independent generators. Nevertheless, in contrast with the US counterparts, the ANR has not compelled the incumbents to purchase electricity without limit (when independents are more efficient than incumbents): the incumbents have purchased only up to the amounts they themselves have allotted for the auction.

This system of limiting the amount of electricity allotted to auction falls short of realizing real impartiality between in-house generation division and independent generators, resulting in not exerting any pressure on the incumbents to get rid of

---

[6] This author's interview with an official at FTC (30 June 2000).

[7] The Electricity Business Act (*Denki-Jigyo Ho*, Act No. 87 of 2005), Article 24- 3 (5), available at: http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=02 (accessed 11 June 2012).

[8] Id.

[9] Agency for Natural Resources (Ministry of Economy and Industry), Deliberation Council for Electricity Industry, *Interim Report on Fundamental Issues of Electricity* (February 1997), Japanese version only available at:
http://warp.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/286890/www.meti.go.jp/press/past/b70225k1.html (accessed 11 June 2012).

their generation divisions when they are less efficient than independent generators.

The integrated incumbents hold excess capacity in generation in order not to cause power outages in times of unusually high electricity demand. Consequently, the incumbents allot merely a small amount of their electricity demand to auction. This is why only a very small portion of their electricity demand has been purchased from independent generators.

The reason that the ANR (ultimately, the Japanese government) has not forced real indiscrimination obligation on the incumbents lies in the government's energy policy, which supports vertical integration of incumbents.[10] The vertical integration of the electricity industry has been supported for securing a "stable supply of electricity" (implying non-occurrence of power outage), for which the incumbents have to hold extra amount of electricity-generation capacity in order to meet with peeked demands for electricity. Obligating the incumbents to purchase electricity from independent generators would contradict this policy of the Japanese government. In essence, the "open access" policy implemented by the Japanese government (and its regulator, the ANR) has been only half-hearted.

V. Unbundling of Electricity Transmission

A. Merits of unbundling electricity transmission

In the US, 14 states (consisting mainly of northeastern states and California) have implemented unbundling of electricity transmission.[11] In these states, independent generators occupy a dominant share of generation. Management bodies independent from electricity companies are in charge of operating transmission networks, thus fulfilling open-access conditions. Independent retailers (many of which are concurrently independent generators), then, sell electricity to customers through large-scale transmission grids.

The EU also has adopted the unbundling policy. The European Commission, authorized by the *Third Energy Liberalization Package*, obligates member states to implement the unbundling of electricity transmission.[12] The unbundling may be

---

[10] Ministry of Economy and Industry, Resources Energy Study Group, Electricity Industry Branch, *Designing Better Regulation of Electricity Industry* (March 2008) ("[the Government aims] to secure stable supply of electricity relying mainly on general electricity companies [incumbent vertically integrated companies] which are responsible for supplying electricity through integration of generation and transmission."), Japanese version only available at: http://www.enecho.meti.go.jp/info/committee/data/080313d.pdf (accessed 11 June 2012).

[11] *See* Fox-Penner, supra note 3.

[12] Member states are obligated to implement, up to March 2011, the European Commission's "the Third Energy Liberalization Package" (a series of regulations on liberalization of EU wide energy markets adopted in 2009) - Commission, DG for Energy (2011),"The entry into force of the EU third energy package". Also see European Commission, Commission Staff Working Document,

implemented through either ownership separation or administrative separation. Separated transmission grids need to be managed by independent system operators.[13]

Unbundling of transmission has the merit of bringing competition to both generation and retail sectors. The ensuing competition will usher in more generators, resulting in more efficient generation, ultimately reducing generation costs. This is the embodiment of a textbook model of the electricity regulatory reform.[14] Merits of this competitive model are buttressed by numerous economic studies conducted worldwide. Still, competition will not be realized automatically; the number of generators is limited due to the economy of scale in generation, resulting in oligopolistic markets. Therefore, antitrust agencies need to watch over the electricity industry.

B. Measures for Rectifying Problems caused by the Unbundling

In spite of these competition merits, the unbundling has the downside of eliminating a merit of vertical integration: ease of coordination and a lack of opportunistic behavior among contract parties. Nevertheless, a substantial portion of functions in vertical integration are capable of being realized by contracts.

More importantly, cutting-edge information technologies and the smart grid (including smart meter) technologies have made it easier for independent companies to coordinate instantaneously just like within a single firm.[15] For the success of the unbundling policy, smart grid technology needs to be widely utilized.[16]

VI. How to Enforce the Unbundling Taking Property Rights into Consideration

Even if it has now been almost universally established that unbundling of electricity transmission is beneficial to competition and consumer welfare, there remains constitutional problems in dismantling an investor owned company. The constitutional law issue regarding property rights does not arise in case of breaking up a

"2009-2010 Report on Progress In Creating The Internal Gas And Electricity Market" (9 June 2011), available at: http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/legislation/doc/20110302_entry_into_force_third_package.pdf (accessed 11 June 2012), para. 2.1.

[13] The unbundled electricity transmission networks need to be operated by either "Independent System Operators: ISOs" or "Independent Transmission System Operators: ITOs".

[14] Paul Joskow, "Lessons Learned From Electricity Market Liberalization", *The Energy Journal, Special Issue. The Future of Electricity: Papers in Honor of David Newbery* (2008).

[15] For smart grid, *see* Fox-Penner, supra note 3, Chapter 12.

[16] In the US, smart grids and smart meters have already been put into use (particularly in northeastern states), although some consumers are opposing to cease using old electricity meters which they have got used to: *see Washington Post* (13 November 2011), "Growing field of 'smart grid' technology faces opposition over pricing, privacy".

state-owned company at the time of privatization. This is the case of British government's dissolution of state-owned electricity companies. However, in case of both the US and Japan, integrated electricity companies are private investor-owned companies.

A. Enforcing Unbundling through Electricity Regulation

The US and EU present contrasting stance in their methods of unbundling electricity transmission. The European Commission has imposed mandates from above to implement the unbundling. In contrast, the US regulators (FERC and states' Public Utility Commissions) have generally guided electricity companies to voluntarily unbundle electricity grids. For example, the state of California, compensated electricity incumbents for implementing unbundling of grids in 1996.[17]

The US method has the merit of causing no constitutional law problem-"taking" issues. Nevertheless, it has not been established in the US courts that the "taking" of private property by the government infringes on the Constitution.[18] The US Constitution only stipulates that it is unconstitutional for the government to take private property "for public use without just compensation."[19] Nevertheless, it would entail complicated court proceeding, to come up with a proper calculation of just compensation.

B. Inducing Unbundling through Competition Law Enforcement

In the EU, the European Commission has utilized the enforcement of EU competition law in order to induce electricity companies in member countries to implement unbundling. In contrast with the Commission's regulatory order which is applied to member nations' governments, the competition law has the merit of being directly applicable to electricity companies.

The most representative example in this regard is *the E.ON case* targeted at the largest electricity company in Germany. In this case, the Commission issued a preliminary opinion that E.ON engaged in illegal abuse of dominance regarding discriminatory treatment against independent generators.[20] In response, E.ON entered into "commitment" agreement with the Commission, pledging to part with its transmission facilities (as well as part of its generation facilities) through sales to the third parties.

This case is lacking in transparency regarding reasons why E.ON agreed to voluntarily part with its transmission facilities in spite of the fact that the Commis-

---

[17] State of California, Assembly Bill No.1890, Chapter 854 (1996), at 3, 20.

[18] *Sidak, J. G., and D. F. Spulber* (*Deregulatory Takings and the Regulatory Contract*, Cambridge Univ. Press, 1997, at 213- 72) notes that court decisions coexist: those necessitating compensation for regulatory taking and those that do not necessitate it.

[19] The US Constitution, the Fifth Amendment.

[20] Commission Decision of 26 November 2008 in case COMP/39.388 – *German electricity wholesale market*.

sion did not formally come up with a decision of illegality.[21] In *the E.ON case*, the Commission may be interpreted to have utilized the enforcement of competition law strategically to support its unbundling policy on the electricity industry. However, it is doubtful that such strategic use of competition law is proper from the point of rule of law. Moreover, such strategic use of competition law is feasible only for the EU, where the same institution - the European Commission - is in charge of both electricity regulation and competition law enforcement; therefore the EU practice may not form a model for other countries to follow.

In Japan, the Fair Trade Commission of Japan (JFTC) has taken practically no action against an electricity company, except actions against misrepresentations (misleading statements in advertising). Although the JFTC has taken one action against a regional electricity monopoly[22], this case concerns discriminatory treatment regarding sales of "all-electricity" homes, with no relation to electricity regulation. Scarcity of JFTC cases on anticompetitive conduct regarding access to electricity transmission may reflect the careful attention electricity companies have paid not to engage in blatantly discriminatory conduct against independent generators. The electricity companies are aware that being charged with violating the AMA might lead to dissolution of integrated companies through either electricity regulation or competition law enforcement.

In spite of the scarcity of the AMA cases, it is plausible that the integrated electricity companies have engaged in clandestine discriminations against independent generators, namely through cross-subsidization within the integrated companies. As mentioned above for the US, it is almost impossible for competition law agencies to disclose discrimination conducted through cross-subsidization.

In summary, for Japan, unbundling of electricity transmission needs to be pursued by the government through its electricity regulatory agency, assisted by competition law enforcement by JFTC.

VII. Conclusion

Parallel existence in the US of states exercising unbundling and those states maintaining integration of electricity reflects the fact that the integration brings about its merits while leading to monopolies. The Japanese electricity industry, while its electricity costs and rates are higher than those in other developed countries, has presented praiseworthy results regarding scarcity of power-outage. If Japanese

---

[21] A "commitment" decision is a decision originating in a settlement between the Commission and a targeted corporation; *Article 9 of the EC Regulation 1/2003* authorizes the Commission to issue "commitment" decision without deciding that the targeted corporate action is illegal.

[22] *Warning Case against Kansai Electric Power Co.* (21 April 2005), *Nenji-Hokoku (JFTC Annual Report for fiscal year 2006)*, at 113.

citizens prefer scarcity of power-outage to high rates, they would welcome the present situation of vertical integration. Nevertheless, in the US, progressive states - those in the Northeast and California - opted for unbundling. Moreover, the EU resolutely opted for unbundling. These US states and the European Commission grasped that competition merits, in the long run, far surpass short-term loss of stability in electricity supply.

Information technology and smart grids are expected to largely counteract demerits of the unbundling. In consideration of this fact, Japanese policy makers are advised to implement unbundling.[23] At the same time, Japanese government needs to horizontally integrate electricity grid networks across Japan, ceasing the current system of horizontally separating electricity grids into three areas within Japan. The horizontal integration of grids would result in reducing the occurrence of power outage through expanding the extra electricity supply.

With vertical integration intact, competition will not arise in the electricity industry, resulting in a permanent loss in efficiency and innovation. Smart grids, including smart appliances, are evolving to form "smart cities"- a new innovation in society. These smart technologies necessitate worldwide standardization for them to spread worldwide. With Japan sticking to vertical integration of the electricity industry, Japan is going to be left out of the technology standardization tackled by the US, EU and Chinese companies.

Unbundling does not automatically lead to smooth competition. A control mechanism against market power needs to be set up. Moreover, wholesale and retail markets for electricity need to be so designed as to secure competitive markets. Regarding these issues, Japanese policy makers need to learn from precedents in the US and the EU.

It is not plausible that the electricity companies in Japan will voluntarily implement the unbundling. The Japanese government - through its regulatory agency - needs to compel the electricity companies toward unbundling. An outright order to implement the unbundling would lead to Constitutional law controversy (on the taking issue). Therefore, it is advised that the Japanese government lead the electricity companies to voluntarily exercise the unbundling, taking as a model precedents performed by the US states. Within this government-wide endeavor, JFTC is advised to strengthen surveillance on the electricity industry, and consider taking structural measures in case of violations.

Currently, the Japanese government is capable of inducing Tokyo Electric Power Co. (TEPCO) to voluntarily implement unbundling without harming inves-

---

[23] The METI set up a study group to deliberate on the unbundling and other issues in the electricity industry. The study group issued a report supporting the unbundling: *See* the report "Basic Principles of Systemic Reform in the Electricity Industry" (July 2012), Japanese version only available at: http://www.meti.go.jp/committee/sougouenergy/sougou/denryoku_system_kaikaku/pdf/report_001_00.pdf (accessed 31 August 2012), at 19-21 (Advocating to realize neutrality of grids through functional (or corporate) separation of grids from incumbent electricity companies, but stopped short of advocating ownership separation at this stage).

tors' interests, in exchange for the government assistance to TEPCO for compensation to the victims of the nuclear disaster. The Japanese government, then, could present as a model the unbundling in the TEPCO assigned territory (Tokyo metropolitan area and environ) in order to spread the model to other areas in Japan. The Japanese government, at the same time, needs to induce electricity companies to horizontally integrate electricity grid networks across Japan.

Netzneutralität im Regulierungsrecht
Zum Spannungsfeld von Freiheit und Versorgungssicherheit mit Internetdiensten

Torsten Körber

I. Begriff und Problematik

„Netzneutralität" galt lange als rein US-amerikanisches Thema. In jüngster Zeit hat die Debatte Europa erreicht und ist spätestens seit 2010 Gegenstand intensiver, teils etwas ideologisch gefärbter Diskussionen.[1] Der Begriff „Netzneutralität" ist nicht legal definiert. Er wird teils auf Übertragungsdienste, teils auf die übermittelten Inhalte bezogen.

1. Inhalte-Neutralität

Die Forderung nach *Inhalte-Neutralität* richtet sich gegen eine Internet-Zensur. Inhaltsbezogene Zensurmaßnahmen gingen bisher praktisch immer von staatli-

---

[1] Zur internationalen Entwicklung s. *Spies/Ufer* MMR 2011, 13 ff. und *Ufer*, CR 2010, 634 ff. sowie unten III.

chen Stellen aus und wurden von den Internet Service Providern (ISP) lediglich durch Sperrung bestimmter Webseiten oder Löschung von Inhalten umgesetzt. In Deutschland waren solche Maßnahmen z.B. gegen Neonaziseiten, in anderen Ländern wie China aber auch gegen die Verbreitung von aus freiheitlich-demokratischer Sicht legalen und wünschenswerten Inhalten gerichtet. Zensurmaßnahmen sind mit Blick auf die grundrechtlich geschützte Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 5 GG), aber auch angesichts der wirtschaftlichen Grundrechte der Netzbetreiber und Inhalteanbieter (Art. 2, 12 und 14 GG) nur ganz ausnahmsweise akzeptabel (z.B. gegenüber Kinderpornographie).[2]

Anhaltspunkte dafür, dass ISP von sich aus ohne staatlichen Druck gezielt nach bestimmten Inhalten gesucht und diese herausgefiltert hätten, gibt es derzeit nicht. Das bedeutet natürlich nicht, dass ein solches Verhalten undenkbar wäre. Dass eine „private Zensur" erfolgen *könnte*, macht – wenn auch auf einer dem Netz nachgelagerten Ebene – die Zensur von Nachrichteninhalten durch Apple deutlich. Apples „App Store Review Guidelines for iOS Apps" verbieten nicht nur persönlich beleidigende Inhalte und Pornographie, sondern auch nach strengem US-amerikanischem Verständnis „anstößige" und letztlich oft nur kontroverse Inhalte.[3] Diese Zensur hat nicht nur leicht bekleidete Covergirls bei der Bild-Zeitung, sondern z.B. auch schon kritische politische Karikaturisten getroffen.[4] Freilich können auch die Nutzer von iPhone oder iPad über den normalen Webbrowser frei auf praktisch alle im Internet verfügbaren Inhalte zugreifen. Angesichts dieser Informationsfreiheit und Informationsvielfalt besteht im Ergebnis derzeit kein Anlass, ISP oder andere Unternehmen staatlicherseits zu verpflichten, die Informationsfreiheit anderer Privater durch neutrale Informationsübermittlung zu fördern.[5]

2. Dienste-Neutralität

Im Mittelpunkt der Diskussion über die Netzneutralität und dementsprechend auch der nachfolgenden Ausführungen steht die *Dienste-Neutralität*. In diesem Kontext meint Netzneutralität die neutrale Übermittlung von Daten im Internet,[6]

---

[2] Vgl. *Ufer*, K&R 2010, 383, 385.
[3] Vgl. http://www.wired.com/images_blogs/gadgetlab/2010/09/app-store-guidelines.pdf (alle Links in diesem Beitrag sind – wie der Beitrag selbst – auf dem Stand vom 26. 5. 2011).
[4] Vgl. http://www.heise.de/newsticker/meldung/Zensur-Vorwuerfe-gegen-Apple-897582.html.
[5] Ebenso zu Recht in Bezug auf Suchmaschinenbetreiber United States District Court, N.D. California, Kinderstart.com v. Google, Inc., Entscheidung vom 13.7.2006, http://www.linksandlaw.com/kinderstart-google-urteil.pdf; abw. unter Berufung auf Art. 5 GG *Koenig/Fechtner* K&R 2011, 73, 75.
[6] *Holznagel*, K&R 2010, 761, 765; *Bullinger*, Netzneutralität, http://www.bundestag.de/internetenquete/dokumentation/2010/Sitzungen/20100614/A-Drs__17_24_001_-__Netzneutralit__t.pdf, S. 2.

genauer: die Übermittlung der Datenpakete unabhängig von Inhalt, Dienst, Anwendung, Herkunft und Ziel.[7]

a) Best-Efforts-Internet

Netzneutralität im Sinne von Dienste-Neutralität wird derzeit grundsätzlich dadurch gewährleistet, dass die über das Internet übermittelten Daten in Datenpakete zerlegt und dann unabhängig von deren Inhalt oder Inhaltstyp (Texte, Bilder, Telefonate, Videos etc.) nach dem „Best-Efforts-Prinzip" gleichrangig über alle verfügbaren Wege übermittelt werden, solange Übertragungskapazität vorhanden ist.[8]

b) Overprovisioning als (temporäre?) Lösung

Datenstaus werden bisher weitgehend durch die Bereitstellung von Überkapazitäten (sog. „Overprovisioning") vermieden. Allerdings kann es in besonderen Situationen zu Datenstaus kommen, z.B. wenn aufgrund bestimmter Ereignisse (Krisen, Fußball-WM etc.) vorübergehend ganz außergewöhnlich viele Datenpakete transportiert werden müssen oder wenn, z.B. aufgrund von Naturkatastrophen oder Hacker-Angriffen, kurzfristig Netzstörungen auftreten, durch welche die Übertragungskapazität vorübergehend sinkt. Auch in einem solchen Fall werden im „Best-Efforts-Internet" grundsätzlich alle Datenpakete gleich behandelt und damit unter Umständen „gleich langsam" transportiert.

Es liegt auf der Hand, dass ein „Overprovisioning" ökonomisch nicht effizient ist, weil dauerhaft Kapazitäten vorgehalten werden müssen, die in Zeiten normaler Datenströme eigentlich nicht gebraucht werden.[9] Vor allem aber ist dieses Vorgehen angesichts rasant steigender Datenmengen möglicherweise nicht mehr dauerhaft praktizierbar.[10] War das Internet in seinen Anfängen textbasiert, so müssen heute insbesondere wegen File Sharing und Videostreaming deutlich höhere Datenmengen transportiert werden. Ein Ende dieses Prozesses ist nicht abzusehen. Allein bis 2014 wird verglichen mit 2009 mit einer Vervierfachung des IP-Datenverkehrs gerechnet, wobei der Anteil von Videoübertragungen auf der Konsumentenebene über 90 % ausmachen wird.[11]

---

[7] *Kurth*, Netzneutralität: Perspektive der Bundesnetzagentur, http://www.bitkom.org/files/documents/Kurth_Vortrag_Forum_KMP_10.02.2011.pdf, S. 4; s. auch *Bullinger* (Fn 6), S. 2.

[8] Zu den technischen Einzelheiten s. *Ufer*, K&R 2010, 383, 384 f.; *Kruse*, Internet-Überlast, Netzneutralität und Service-Qualität, http://opus.unibw-hamburg.de/opus/volltexte/2008/1726/pdf/hsu-wp-vwl75.pdf, S. 2 ff.

[9] *Dewenter*, Netzneutralität, http://opus.unibw-hamburg.de/opus/volltexte/2008/1696/pdf/paper_74.pdf, S. 25; *Kruse* (Fn. 8), S. 7.

[10] Vgl. Überblick zu verschiedenen technischen bzw. ökonomischen Lösungsansätzen bei *Kruse*, Wirtschaftsdienst 2008, 188 ff.

[11] Siehe http://newsroom.cisco.com/dlls/2010/prod_060210.html.

c) Dienstbezogene Qualitätsanforderungen und „Crowding Out"

Hinzu kommt, dass die Bereitstellung unterschiedlicher Dienste durchaus unterschiedliche Qualitätsanforderungen stellt. So spielen leichte Verzögerungen bei Übermittlung einer E-Mail, einer Webseite oder eines Dateidownloads keine Rolle. Bei Echtzeit-Diensten wie Voice over IP-Telefonaten (VoIP), Online-Spielen oder Internet-Fernsehen (IPTV) kann es dagegen bei Datenstaus zu Bild- und Tonaussetzern kommen. Solche Aussetzer sind nicht nur lästig, sondern können mit wachsenden Möglichkeiten des Internet auch gefährlich sein. Man denke nur an Notrufe über VoIP oder an Ansätze zu einer „Telemedizin". Bei einer Fern-Operation, bei welcher Chirurg und Patient sich an verschiedenen Orten befinden, könnten Verzögerungen im buchstäblichen Sinne tödlich sein. Zudem sind nach etlichen erfolglosen Anläufen erstmals ernstzunehmende Ansätze für ein „Cloud Computing" zu erkennen, bei dem Programme und Daten nicht mehr auf dem heimischen Computer, sondern in einem Rechnernetzwerk (der Cloud) gespeichert und über das Internet genutzt werden. Beispielsweise setzt Googles neues Chrome-Betriebssystem auf diesen Ansatz. Würde die Verbindung Gefahr laufen, in Zeiten hoher Netznutzung zusammenzubrechen, so wären diese innovativen Ansätze von vornherein zum Scheitern verurteilt. Sie würden durch die Masse der weniger qualitätssensiblen Dienste verdrängt oder gar nicht erst eingeführt (sog. „Crowding Out").[12]

II. Netzneutralität vs. Qualitätsdifferenzierung?

1. Ausgangspunkt

Zur Lösung der durch den steigenden Bedarf nach Übertragungskapazitäten drohenden Probleme kommen verschiedene Ansätze in Betracht, die sich nicht gegenseitig ausschließen, sondern grundsätzlich komplementär sind. Für besonders qualitätssensible Dienste (z.B. Telemedizin) ist an die Errichtung separater (physischer oder virtueller) IP-Netze zu denken. In Bezug auf das allgemeine Internet wird – wie in den vergangenen Jahren – der Ausbau der allgemeinen Übertragungskapazitäten weiter voranschreiten; in gewissem Maße wird es auch weiterhin ein Overprovisioning geben. Dieser Ansatz könnte allerdings durch eine dienstbezogene Qualitätsdifferenzierung (Quality of Service, QoS) ergänzt werden, die heute technisch möglich ist, teils schon praktiziert wird und mit einer Priorisierung bestimmter Dienste, aber auch Zurückstufung oder sogar Blockierung anderer Dienste einhergehen kann.[13] Dieser dritte Ansatz stellt das Kernproblem der gegenwärtigen Debatte über die Netzneutralität dar, denn dabei handelt es sich

---

[12] Dazu eingehend *Kruse*, Crowding-Out bei Überlast im Internet, Diskussionspapier Nr. 72 (2007), www.hsu-hh.de/kruse/index; s. auch *ders.*, Wirtschaftsdienst 2008, 188, 190.

[13] Dazu *Dewenter* (Fn. 9), S. 22 ff.; *Kruse* (Fn. 8), S. 9 ff.

scheinbar[14] um ein Gegenmodell zum gegenwärtigen „Best-Efforts-Internet“, das die Datenpakete „qualitätsblind“ gleichberechtigt transportiert und insoweit – ähnlich wie das allgemeine Stromnetz – ein idealtypisch neutrales Netz darstellt.

Bei den nunmehr (insbesondere von den Netzbetreibern) propagierten Qualitätsdifferenzierungen und Priorisierungen geht es um eine Unterscheidung zwischen *Diensten* (z.B. zwischen der Übermittlung von E-Mails, VoIP, File Sharing oder Videoübertragungen). Eine Unterscheidung nach den mithilfe dieser Dienste übermittelten *Inhalten* im Sinne einer „Internet-Zensur“ findet nicht statt. Man könnte die dienstbezogene Qualitätsdifferenzierung mit dem Postsektor vergleichen, auf dem seit jeher Standardbriefe und Eilbriefe, Päckchen und Pakete unterschiedlich behandelt werden, ohne dass dafür das Postgeheimnis verletzt werden müsste.

2. Technischer Hintergrund

Einen technischen Ansatz für eine Qualitätsdifferenzierung im allgemeinen Internet bildete bisher die sog. „Deep Paket Inspection“ (DPI). Dabei handelt es sich um eine Analysetechnik, die u.a. angewandt wird, um Spam-Mails oder Viren zu erkennen und herauszufiltern. Dies geschieht, indem nach bestimmten Datenmustern im Headerteil („Briefumschlag“) und im Datenteil („eigentlicher Inhalt“) des Datenpakets gesucht wird. DPI kann für die Erkennung des Inhaltstyps (E-Mail, VoIP, Video etc.) oder der verwendeten Anwendung (z.B. File Sharing-Programm) und damit für ein Bandbreitenmanagement eingesetzt werden.[15] Diese Technologie ist aber nicht unproblematisch, weil sie – auch wenn es bei ihrem Einsatz zwecks Bandbreitenmanagement nicht um eine inhaltsbezogene Kontrolle und Differenzierung geht – auch für eine Inhaltskontrolle eingesetzt werden könnte (und z.B. von den Geheimdiensten sicher auch dafür eingesetzt wird).

Eine Analyse des Datenteils wird in Zukunft allerdings für ein bloßes Bandbreitenmanagement nicht mehr notwendig sein. Nach Einführung des neuen Internet-Protokolls IPv6 reicht hierfür eine Analyse des Dateiheaders aus. Dieser enthält (funktional ähnlich einem Briefumschlag) die für den Transport des Datenpakets notwendigen Adressinformationen, aber auch eine Reihe weiterer Informationen, die für Qualitätsdifferenzierung und Bandbreitenmanagement genutzt werden können. Eine Umstellung auf IPv6 ist ohnehin erforderlich, weil die nach dem derzeit noch dominierenden Standard IPv4 möglichen rund vier Milliarden Internet-Adressen aufgebraucht sind. Das neue IPv6-Protokoll sieht im Datei-Header zwei dezidierte Bereiche vor, die eine Qualitätsdifferenzierung ermöglichen: Einerseits kann eine „Traffic Class“ definiert und auf dieser Basis die Priorität bestimmter Dienst- und Qualitätsklassen festgelegt werden. Andererseits enthält der Header ein sog. „Flow Label“, das weitere Informationen insbesondere

---

[14] Wie noch gezeigt wird, schließen sich „Best-Efforts-Internet“ und QoS-Differenzierung nicht notwendig aus.

[15] Dazu *Ufer*, K&R 2010, 383, 386; s. auch http://de.wikipedia.org/wiki/Deep_Packet_Inspection.

in Bezug auf Echtzeitanwendungen wie IPTV enthält. Pakete, die dasselbe Flow Label tragen, werden gleich behandelt.[16]

3. Wirtschaftliche Konsequenzen

Die wirtschaftlichen Auswirkungen einer streng verstandenen Netzneutralität (Erhaltung des Best-Efforts-Internet) einerseits und eines auf Qualitätsdifferenzierung setzenden Netzmanagements (Schaffung eines „intelligenten Internet") andererseits sind jeweils durchaus ambivalent.

Von Befürwortern einer Qualitätsdifferenzierung wird betont, dass ein reines Best-Efforts-Internet den modernen Anforderungen nicht mehr gerecht werde und zu einem Investitionshemmnis werden könne. Die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Internet mache eine QoS-Differenzierung erforderlich.[17] Insoweit werden die wohlfahrtökonomisch positiven Effekte einer Qualitätsdifferenzierung unterstrichen. Die allokative Effizienz werde gesteigert, weil (wie auf anderen Märkten auch) die unterschiedlichen Ansprüche unterschiedlicher Nachfrager jeweils optimal bedient werden könnten, statt wie bisher nur eine einheitliche, manchen Diensten nicht mehr gerecht werdende „mittlere Qualität" anzubieten.[18] Zudem könnte vermieden werden, dass es zu einem Crowding Out qualitätssensibler Dienste und damit zu einem Innovationshindernis gegenüber solchen Diensten komme.[19]

Auf der anderen Seite ist auch ein Übergang zu einem „intelligenten Internet" mit Bandbreitenmanagement nicht unproblematisch. Theoretisch wäre es denkbar, innerhalb des Koordinatensystems eines „Best-Efforts-Internet" nur Qualitätsdifferenzierungen zu erlauben, um das Funktionieren qualitätssensibler Dienste wie IPTV sicherzustellen, aber daran orientierte Preisdifferenzierungen zu untersagen. Ein solcher Ansatz hätte für sich, dass keine Anreize dafür gesetzt würden, bestimmte Dienste gegenüber anderen nur aus finanziellen Gründen (etwa weil die Anbieter der qualitätssensiblen Dienste besondere Entgelte dafür zahlen) zu bevorzugen und damit das allgemeine Internet zu degradieren. Andererseits würden die Anbieter und Nutzer nicht qualitätssensibler und daher nicht priorisierter Dienste (E-Mail, Webseitenabfrage etc.) in einem solchen Fall im Ergebnis noch stärker als schon heute gezwungen, die Nutzer priorisierter Dienste (VoIP, Videostreaming etc.) zu subventionieren. Zudem bliebe es in Bezug auf die priorisierten Dienste in Ermangelung einer Gegenleistung für die Qualitätsdifferenzierung bei einem „Best-Efforts"-Versprechen, was letztlich auch den Interessen der Anbieter und Nutzer solcher Dienste nicht gerecht würde.

---

[16] Siehe dazu http://de.wikipedia.org/wiki/IPv6; s. auch *Ufer*, CR 2010, 634, 638.

[17] Vgl. z.B. *Ufer*, K&R 2010, 383, 384; *Berger-Kögler/Kind*, MMR-Aktuell 2010, 302773.

[18] *Dewenter* (Fn. 9), S. 23 ff.; *Kruse* (Fn. 8), S. 9 ff.; *Koenig/Fechtner*, K&R 2011, 73, 75; *Körber*, MMR 2011, 215, 220.

[19] Siehe oben bei Fn. 12 zum „Crowding Out"-Problem.

Gemeinhin wird daher eine Qualitätsdifferenzierung mit einer Preisdifferenzierung verbunden. Wer eine höhere Qualität als „Best Efforts" wünscht, muss für diese Premiumqualität (wie auf anderen Märkten auch) einen höheren Preis zahlen. Den Endkunden gegenüber findet eine solche Preisdifferenzierung bereits seit Langem statt. Ihnen werden unterschiedliche Entgelte für die Bereitstellung unterschiedlicher Bandbreiten abverlangt. Im Mobilfunk sind darüber hinaus auch noch sog. „Volumentarife" anzutreffen, bei denen im Grundtarif nur ein bestimmtes Übertragungsvolumen enthalten ist und bei Überschreitung dieses Volumens entweder hohe Zusatzkosten oder eine drastische Bandbreitendrosselung auf die Nutzer zukommen. Dadurch wird zwar nicht direkt zwischen bestimmten Diensten unterschieden, doch wirkt sich diese Differenzierung indirekt auf die tatsächlich nutzbaren Dienste aus, weil z.B. die Übertragung von hochauflösenden Videos eine bestimmte Mindest-Bandbreite voraussetzt und ein großes Übertragungsvolumen bewirkt. Eine nach verschiedenen Dienstklassen unterscheidende Qualitätsdifferenzierung würde eine weiter verfeinerte Preisdifferenzierung erlauben. Das erscheint im Grundsatz sinnvoll. Allerdings könnten davon auch unerwünschte Anreize dahingehend ausgehen, die Qualität des Standardangebots abzusenken, um die Endkunden zum Erwerb von „Premiumangeboten" zu motivieren oder sie sogar dazu zu zwingen.[20]

Qualitätsdifferenzierungen könnten andererseits auch genutzt werden, um eine Kostenbeteiligung der Inhalteanbieter durchzusetzen. Hier liegt einer der ökonomischen Antriebe für die Debatte über die Netzneutralität. Von Seiten der Netzbetreiber wird immer wieder eine Kostenbeteiligung großer Dienste- und Inhalteanbieter wie Google, Facebook, Amazon, eBay usw. gefordert.[21] Solche Forderungen haben eine gewisse Berechtigung. Einer Studie zufolge zeichnete Google (vorrangig durch Videodownloads über das Google-Video-Portal You Tube) im Jahre 2008 für 16,1 % des Endnutzer-Internet-Verkehrs verantwortlich, leistete aber nur einen Kostenbeitrag von 0,8 % zu den Übertragungskosten.[22] Freilich können ISP ihren Kunden nur deshalb Entgelte für den Internetzugang abverlangen, weil andere Unternehmen diesen Kunden über das Internet die begehrten Inhalte anbieten. Insoweit ist der Vorwurf eines „Trittbrettfahrertums" der Dienste- bzw. Inhalteanbieter (sog. „free riding") ebenfalls nicht unproblematisch und jedenfalls ein Stück weit ungerecht.

[20] *Holznagel*, K&R 2010, 95, 98; vgl. allgemein *Haucap*, Netzneutralität aus wettbewerbsökonomischer Sicht, http://www.bitkom.org/files/documents/Haucap_Vortrag_Forum_KMP_10.02.2011.pdf, S. 4 f.

[21] Zu dem insoweit bestehenden wirtschaftlichen Interessenkonflikt vgl. auch *Schrey/Frevert*, MMR 2010, 596 f.; s. auch *Spies/Ufer*, MMR 2010, 13, 14; *Ufer*, K&R 2010, 383, 384; *Holznagel*, K&R 2010, 761, 765.

[22] *Cleland*, A First-Ever Research Study: Estimating Google's U.S. Consumer Internet Usage & Cost 2007-2010, http://netcompetition.org/study_of_google_internet_usage_costs2.pdf.

Vor allem aber dürften Forderungen nach einer stärkeren Kostenbeteiligung gerade der großen „Trafficverursacher" wie Google (You Tube) sich in der ökonomischen Realität kaum durchsetzen lassen. Die Endkunden erwarten nämlich, dass sie diese Dienste schnell und zuverlässig nutzen können. Es sind aus der Sicht der Nutzer unverzichtbare Dienste oder, neudeutsch formuliert, sog. „must carry-Dienste". Würde ein ISP den Zugriff auf Dienste wie die Google-Suchmaschine oder das Video-Portal YouTube drosseln oder gar blockieren, wenn der Betreiber eines solchen must carry-Dienstes sich weigert, einen höheren Beitrag zum Netzausbau zu leisten, so würden die Endkunden ein solches Vorgehen (zu Recht) als Vertragsverletzung des ISP ihnen gegenüber ansehen. Sie würden einen ISP, von dem ein solches Verhalten publik würde, im Wettbewerb meiden.[23] Würden die ISP andererseits nur von kleineren, neuen Dienste- bzw. Inhalteanbietern eine Kostenbeteiligung fordern, denen gegenüber sich solche Forderungen auch in der ökonomischen Wirklichkeit durchsetzen könnten, so könnte dies die Dienste- und Inhalteinnovation im Internet nachhaltig beeinträchtigen. Schließlich gingen die meisten Innovationen im Internet nicht von den Netzbetreibern oder ISP aus, sondern haben sich aus kleinen Anfängen zu Unternehmen wie Google oder Facebook entwickelt, die jedenfalls in der Startup-Phase nur deshalb wachsen konnten, weil sie keine signifikanten Entgelte für die Internetnutzung zu leisten hatten.[24]

Diese Überlegungen sprechen dafür, jedenfalls in Bezug auf für die Nutzer kostenfrei zur Verfügung gestellte, regelmäßig werbefinanzierte Inhalte am bisherigen Finanzierungsmodell festzuhalten, nach dem die Empfänger der Inhalte für die Übermittlungskosten aufkommen müssen.

4. Tatsächliche Problemfälle

Echte Probleme mit nicht netzneutralen Eingriffen sind bisher seltene Ausnahmen geblieben. In Deutschland sind bisher vor allem zwei Anwendungsfälle relevant geworden. Zum einen untersagen T-Mobile, Vodafone und Base die Nutzung ihrer Standard-UMTS-Angebote für VoIP-Dienste wie Skype oder Sipgate. Dies wurde anfangs mit der Notwendigkeit begründet, die Mobilfunknetze vor Überlastung zu schützen; der wahre Grund dürfte aber schon immer der Schutz der Erwerbsinteressen der Telekommunikationsanbieter gewesen sein, denn während die Kosten für Mobiltelefonate immer noch recht hoch sind (insbesondere bei Auslandstelefonaten oder Sonderrufnummern), liegen VoIP-Telefonate auf Festnetzniveau oder sind sogar kostenfrei. Es geht also letztlich um die Ausschaltung von Wettbewerb. Trotzdem ist der Fall ambivalent, denn der Schutz eigener Erwerbsinteressen ist in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung nichts a priori Illegitimes.

[23] Vgl. *Haucap* (Fn. 20), S. 8.
[24] Vgl. *Kurth*, Wettbewerb und Transparenz - Der Markt macht's, http://www.theeuropean.de/matthias-kurth/4370-wettbewerb-und-transparenz.

Noch deutlicher wird dies im zweiten Fall. Darin ging es um die Bandbreitendrosselung von Kabel Deutschland gegenüber File Sharing-Aktivitäten unter Verwendung des Bittorent-Protokolls.[25] Mit Blick auf die erhebliche Belastung durch das File Sharing und dessen oftmals zwielichtigen Charakter erscheint dieses Vorgehen ebenfalls nicht offensichtlich ungerechtfertigt.

5. Netzneutralität und Qualitätsdifferenzierung

a) Strenge Netzneutralität

Die Verfechter einer strengen Netzneutralität verlangen Beibehaltung und gesetzlichen Schutz des Best-Efforts-Internet. Sie befürchten Kostensteigerungen für die Endnutzer, Diskriminierungen und vor allem eine Gefährdung innovativer neuer Internet-Startup-Unternehmen sowie der freien und offenen Internetkommunikation. Ausnahmen sollen „nur unter sehr eng zu definierenden Voraussetzungen, zum Beispiel wenn die Sicherheit und Integrität des Netzes in Gefahr ist, temporär denkbar“ sein.[26] Jedenfalls müsse nach dem Vorbild des Rundfunkrechts eine „must carry“-Verpflichtung in Bezug auf „die für die kommunikative Grundversorgung erforderlichen Internetdienste“ etabliert werden.[27] Die verfügbare Kapazität müsse vom Gesetzgeber oder einer Regulierungsbehörde in einer Weise aufgeteilt werden, dass ein funktionsfähiges Internet gewährleistet sei. Es sei Aufgabe des Regulierers, die Einhaltung der Vorschriften zu überwachen, die verfügbaren Kapazitäten aufzuteilen und für ein angemessenes Entgelt zu sorgen.[28]

Der Ansatz einer strengen, vom Staat überwachten, durchgesetzten und notfalls durch Kapazitätszuteilung „verwalteten Netzneutralität“ ist nicht nur in der Sache zu eng, sondern basiert auch auf einer fehlerhaften Grundannahme. Seine Vertreter scheinen davon auszugehen, dass die private Differenzierung einer besonderen Rechtfertigung bedürfte. Das stellt das Regel-Ausnahme-Verhältnis von grundgesetzlich geschützter Wirtschaftsfreiheit (Regel) und staatlicher Regulierung (Ausnahme) auf den Kopf. Wie bereits in Bezug auf die Inhalte-Neutralität angedeutet wurde, ist das Gegenteil der Fall: Nicht die Ausübung der Privatautonomie bedarf einer Rechtfertigung, sondern umgekehrt jeder staatliche Eingriff in diese Freiheit.

Ein Verbot privatautonom vorgenommener Differenzierung durch staatliche Anordnung und Durchsetzung strikter Netzneutralität käme daher nur in Be-

---

[25] *Röttgers*, Kabel Deutschland: Internetanbieter bremst Tauschbörsen aus http://www.focus.de/digital/internet/kabel-deutschland-internetanbieter-bremst-tauschboersen-aus_aid_264070.html.

[26] So DLM, Stellungnahme zum TKG-E, www.alm.de/fileadmin/ALM-Intern/Rundschreiben/TKG-Novelle-StN-DLM-101027.pdf, S. 10; *Holznagel*, K&R 2010, 95, 100.

[27] So *Holznagel*, K&R 2010, 95, 99; *Hoeren*, http://www.bundestag.de/internetenquete/dokumentation/2010/Sitzungen/20100705/A-Drs__17_24_004-A_-_Stellungnahme_Hoeren.pdf, S. 9.

[28] *Holznagel*, K&R 2010, 95, 100.

tracht, wenn dies durch zwingende Gründe gerechtfertigt wäre. Das wäre allenfalls dann der Fall, wenn die angestrebten Ziele nachweislich nicht bereits durch das freie, notfalls durch kartellrechtliche Eingriffe kontrollierte Spiel der Wettbewerbskräfte erreicht werden könnten. Dieser allgemeine Grundsatz einer allenfalls subsidiär auf den Plan tretenden Regulierung ist für den Telekommunikationssektor sogar in § 10 Abs. 2 S. 1 TKG normiert, der im Einklang mit Art. 8 Abs. 5 lit. der EU-Rahmenrichtlinie 2002/21/EG (RRL)[29] betont: „Für eine Regulierung nach diesem Teil kommen Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken“ (sog. 3-Kriterien-Test).

Etwas anderes lässt sich auch *nicht* aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ableiten. Insoweit wird teilweise in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zum Rundfunkrecht eine staatliche Schutzpflicht für den Fall angenommen, dass Bedrohungen für die Meinungspluralität absehbar würden.[30] Nach dieser Rechtsprechung folgt aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eine Schutzpflicht des Staates dahingehend, eine positive Rundfunkordnung zu etablieren, "welche sicherstellt, dass er (der Rundfunk) die Vielfalt der Themen und Meinungen aufnimmt und wiedergibt, die in der Gesellschaft eine Rolle spielen“.[31] Doch ist diese noch von der Knappheit analoger Rundfunkkanäle geprägte Rechtsprechung nicht auf das ungleich vielfältigere, eher von einem Informationsüberfluss gekennzeichnete Internet übertragbar.[32] Das Internet ist insoweit eher mit der Presse vergleichbar. Die ebenfalls in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantierte Pressefreiheit fordert zu Recht kein gestaltendes Eingreifen des Staates, sondern verbietet als echtes Freiheitsrecht staatliche Eingriffe in die Presse, wenn dafür nicht ausnahmsweise ein besonderer Rechtfertigungsgrund existiert. In Bezug auf die Presse vertraut auch das BVerfG (anders als beim Rundfunk) den Kräften des Wettbewerbs.[33] Nichts anderes muss erst recht für das Internet gelten.[34]

Der zweite Ansatz der Sicherstellung einer „kommunikativen Grundversorgung“ durch strenge, verwaltete Netzneutralität ist weder praktikabel noch sinnvoll. Was ein „Internet-Grundversorgungsdienst“ sein soll, wird von den Vertretern dieser Auffassung weder definiert noch durch Beispiele verdeutlicht. Es wird lediglich auf die Verpflichtung zur Übertragung öffentlich-rechtlicher Programme im Rundfunk verwiesen.[35] Hier zeigt sich sehr deutlich, dass „Äpfel mit Birnen“

---

[29] In der Fassung der Richtlinie 2009/140/EG, ABlEU 2009 L 337/37.
[30] Vgl. *Koreng*, CR 2009, 758, 759 f.
[31] BVerfGE 90,60,88.
[32] Dazu ausführlich *Körber*, ZWeR 2009, 315, 320 ff.; s. auch *Schrey/Frevert*, MMR 2010, 596, 599; a.A. *Koreng*, CR 2009, 758, 759 f.
[33] Vgl. BVerfGE 52, 283,296.
[34] *Körber*, ZWeR 2009, 315, 319 und 326 f.
[35] *Holznagel*, K&R 2010, 95, 100.

verglichen werden, denn für das Internet ist eine plausible Festlegung solcher, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogrammen vergleichbaren Diensten gar nicht möglich. Eine Differenzierung nach Inhalteanbietern scheidet aus, denn anders als im Rundfunk gibt es keine Unterscheidung in öffentlich-rechtliche Grundversorgung und privates „Zusatzangebot". Für jeden Internetdienst (z.B. E-Mail, Internet-Suche, Videoübertragung) steht eine Vielzahl von privaten Anbietern zur Verfügung, von denen man schwerlich einige als „grundversorgungsrelevant" einstufen kann und andere nicht. Eine Bevorzugung der (wettbewerblich schon ohne ein solches Privileg problematischen) Internet-Auftritte der Anbieter öffentlich-rechtlichen Rundfunks dürfte ebenfalls kaum gemeint sein. Auch dienst- oder gar inhaltsbezogene Differenzierungen scheiden aus. Warum sollten z.B. textbasierte Nachrichtenseiten „grundversorgungsrelevant" sein und Video-Portale wie YouTube nicht?

Eine Differenzierung zwischen „Grundversorgungsdiensten" und anderen, weniger wichtigen Diensten würde letztlich dem Grundsatz einer neutralen Regulierung und auch der Dynamik des Internet widersprechen. Ganz abgesehen davon, dass neue Dienste, die noch keine Gelegenheit hatten, ihre Bedeutung für die „kommunikative Grundversorgung" unter Beweis zu stellen, dadurch potentiell diskriminiert und in ihrer Marktdurchsetzung behindert würden.

In der Summe ist dieser Ansatz noch zu sehr von Denkmustern der Regulierung des analogen Rundfunks geprägt und der dynamischen, digitalen und ungleich vielfältigeren Welt des Internet nicht mehr angemessen. Die auf diesen Denkmustern aus den 1960er Jahren basierende Überregulierung des Rundfunks in Deutschland, von der sich leider auch das BVerfG noch immer nicht lösen mag, kann und darf nicht auf das Internet übertragen werden.[36] Im Gegenteil gebieten Digitalisierung und Konvergenz zu einer All-IP-Welt eine Deregulierung des Rundfunks.[37] Die Entscheidung darüber, was ein „must carry"-Produkt ist, kann und sollte man getrost dem Markt überlassen, der – wie oben gezeigt wurde – durchaus bereits solche Entscheidungen getroffen hat und weiterhin trifft, dabei aber viel flexibler, dynamischer und innovationsfreundlicher agiert als eine Regulierungsbehörde oder gar (Gott bewahre!) ein den Rundfunkräten nachgebildeter Internet-Rat das auf der Basis letztlich angemaßten Wissens tun könnte.[38]

b) Netzneutralität als Diskriminierungsverbot

Überwiegend wird die Forderung nach Netzneutralität zu Recht (nur) als Ausprägung des Diskriminierungsverbots und damit nicht als absolutes, sondern als relatives Gebot verstanden. Danach muss – wie sich schon aus Art. 3 GG als Grundmuster aller Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote

[36] Dazu bereits oben bei Fn. 32.
[37] Dazu ausführlich *Körber*, Sektorspezifische Rundfunkregulierung oder "Wettbewerb 2.0"?, ZWeR 2009, 315 ff.
[38] Vgl. oben bei Fn. 23.

ergibt – nur Gleiches gleich behandelt werden, während eine Differenzierung aus sachlichen Gründen erlaubt ist.

Eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung unterschiedlicher Dienste ist de lege lata weder durch §§ 18 ff. TKG noch durch die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote in §§ 19, 20 GWB und Art. 102 AEUV verboten.[39] Netzneutralität und qualitätsorientiertes Netzmanagement sind demnach keine Gegensätze im Sinne eines strikten „Entweder-Oder". Die mit beiden Ansätzen verfolgten Ziele können und müssen vielmehr in Einklang miteinander gebracht werden.

Dies muss in einer politisch wie wirtschaftlich freien Gesellschaftsordnung in erster Linie im Wege eine Selbstkontrolle durch Markt und Wettbewerb geschehen. Gesetzgeberische oder regulatorische Maßnahmen können nur als ultima ratio in Betracht kommen, wenn der Markt versagt und dem Marktversagen auch nicht mit Mitteln des Kartellrechts abgeholfen werden kann. [40] Letzteres ist nur dann der Fall, wenn ein dauerhaftes und nicht nur punktuelles Marktversagen vorliegt und wenn dieses Marktversagen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu irreversiblen Wohlfahrtsverlusten führen würde.[41]

Eine solche Situation besteht in Deutschland in Bezug auf die Netzneutralität derzeit nicht. Die Netzneutralität ist nicht akut gefährdet.[42] Wie wir noch sehen werden, folgen daher auch Gesetzgeber und Behörden auf EU-Ebene wie in Deutschland zu Recht dem soeben beschriebenen zurückhaltenden Ansatz. Insbesondere geht die BNetzA davon aus, dass eine auf die Dienste- bzw. Qualitätsklasse abstellende Differenzierung (z.B. zwischen E-Mail, File Sharing und IPTV) anders als eine Differenzierung zwischen einzelnen Diensten oder gar Inhalteanbietern innerhalb einer Klasse mit dem Grundsatz der Netzneutralität vereinbar ist.[43]

III. Netzneutralität im internationalen Vergleich

Bevor wir uns der Netzneutralität als Regulierungsziel und Regulierungsgrundsatz auf deutscher und europäischer Ebene zuwenden, soll ein kurzer Blick auf die USA als „Mutterland" der Debatte sowie nach Chile und Norwegen gerichtet werden, die bereits eigene Antworten auf die Frage nach der Netzneutralität gefunden haben.

---

[39] Zum Kartellrecht s. auch *Schrey/Frevert*, MMR 2010, 596, 598.

[40] Dazu bereits oben bei Fn. 29; vgl. BITCOM, www.bitkom.org/files/documents/100927_BITKOM_Positionspapier_Netzneutralitaet.pdf, S. 5; *Ufer*, K&R 2010, 383, 388.

[41] *Haucap* (Fn. 20), S. 11.

[42] So auch das Fazit von BNetzA-Präsident *Kurth* (Fn. 7), S. 12; ebenso *Haucap* (Fn. 20), S. 11.

[43] *Kurth* (Fn. 7), S. 8.

1. USA

In den USA wird die Frage der „net neutrality" seit Jahren heftig diskutiert. Die Federal Communications Commission (FCC) gehört traditionell zu den Verfechtern einer strengen Netzneutralität.[44] In den USA haben sich im Jahre 2010 allerdings einige interessante Entwicklungen ergeben, die zeigen, dass die Debatte auch dort noch alles andere als entschieden ist:

Im Jahre 2008 hatte die FCC eine Verfügung wegen Verletzung der Netzneutralität gegen den Kabelnetzbetreiber und ISP Comcast erlassen. Comcast hatte den Datenaustausch zwischen Endnutzern mittels Peer-To-Peer-Anwendungen durch Bandbreitenbegrenzungen eingeschränkt und dies mit den begrenzten Übertragungskapazitäten begründet. Dieses Vorgehen ähnelte sehr dem oben beschriebenen Vorgehen von Kabel Deutschland gegen bestimmte File Sharing-Dienste. Die FCC sah darin eine signifikante Einschränkung der Fähigkeit der Endnutzer, Inhalte abzurufen und Anwendungen ihrer Wahl zu verwenden und untersagte daher diese Praxis.[45] Comcast erhob Klage gegen diese Verfügung und hatte am 6. April 2010 vor dem Court of Appeals für den District of Columbia Circuit damit Erfolg. Das Berufungsgericht hob die Verfügung der FCC auf, weil ihr nach dem Dafürhalten des Gerichts eine gesetzliche Grundlage fehlte.[46]

Diese Entscheidung hat den Bestrebungen der FCC zur Durchsetzung der Netzneutralität allerdings keinen Abbruch getan. Bereits am 21. Dezember 2010 erließ die FCC (denkbar knapp mit drei gegen zwei Stimmen) neue Regeln zur Netzneutralität, die von drei Grundsätzen ausgehen und dabei zwischen strengeren Regelungen für Festnetzverbindungen und graduell milderen für Mobilfunkverbindungen differenzieren:

> "i. Transparency. Fixed and mobile broadband providers must disclose the network management practices, performance characteristics, and terms and conditions of their broadband services;
> ii. No blocking. Fixed broadband providers may not block lawful content, applications, services, or non-harmful devices; mobile broadband providers may not block lawful websites, or block applications that compete with their voice or video telephony services; and
> iii. No unreasonable discrimination. Fixed broadband providers may not unreasonably discriminate in transmitting lawful network traffic".[47]

Den ISP wird durch diese Regeln insbesondere untersagt, konkurrierende Dienste (wie VoIP oder Videotelefonie) oder bestimmte Webseiten zu blockieren.

Die Republikaner, deren Vertreter in der FCC gegen die neuen Regeln gestimmt hatten, haben gleich nach deren Erlass angekündigt, Gesetzesinitiativen

---

[44] Vgl. *Spies/Ufer*, MMR 2010, 14, 13 f.; *Ufer*, K&R 2010, 383, 387.
[45] S. http://pacer.cadc.uscourts.gov/common/opinions/201004/08-1291-1238302.pdf, S. 3 ff.
[46] Vgl. http://pacer.cadc.uscourts.gov/common/opinions/201004/08-1291-1238302.pdf, S. 36.
[47] FCC, http://www.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2010/db1223/FCC-10-201A1.pdf, S. 2 (Hervorhebungen im Original).

einzubringen, um die aus ihrer Sicht zu stark in die unternehmerische Freiheit eingreifenden Regeln zu revidieren.[48] Von anderer Seite liegt dem US-Repräsentantenhaus seit Juli 2009 ein Entwurf für einen „Internet Freedom Preservation Act" vor, der die gesetzliche Festschreibung einer strengen Netzneutralität vorsieht.[49]

2. Chile

In Chile ist man sogar schon einen Schritt weiter als in den USA und hat sich per Gesetz auf ein Modell strikter Netzneutralität festgelegt. Am 13. Juli 2010 wurde nach langer Debatte mit nahezu einstimmigem Votum (99 Ja-Stimmen, eine Enthaltung) ein Gesetz zur Netzneutralität verabschiedet. Darin wird ISP untersagt, Netzinhalte, Anwendungen oder Dienste zu stören oder zu manipulieren oder die Endnutzer an der freien Nutzung der Internetinhalte zu hindern, es sei denn, dies ist erforderlich, um die Daten oder Privatsphäre der Nutzer zu schützen oder den Schutz vor Viren, Jugendschutz oder Netzsicherheit sicherzustellen. Die ISP müssen den Endnutzern zudem die Daten zur Verfügung stellen, die diese benötigen, um die Erbringung der vereinbarten Dienstleistungen zu überprüfen.[50]

3. Norwegen

In Norwegen hat man sich des Problems der Wahrung der Netzneutralität nicht durch ein Gesetz, sondern in Form von Leitlinien angenommen, die am 20. Februar 2009 von der Regulierungsbehörde NPT veröffentlicht wurden und auf einen Dialog zwischen NPT, ISP, Industrieorganisationen, Inhalteanbietern und Verbraucherschützern zurückgehen.[51] Diese Leitlinien sind zwar ausdrücklich nicht rechtsverbindlich, genießen aber mit Blick auf die Beteiligung aller interessierten Kreise gleichwohl eine erhebliche faktische Autorität.[52] Darin heißt es:

> „The main objective of network neutrality is to ensure that the Internet remains an open and nondiscriminatory platform for all types of communication and content distribution.
>
> Principles of network neutrality:
>
> 1. Internet users are entitled to an Internet connection with a predefined capacity and quality.
> 2. Internet users are entitled to an Internet connection that enables them to
>   - send and receive content of their choice

[48] Vgl. http://www.thesunnews.com/2010/12/22/1881959/fcc-adopts-web-rules.html am Ende.

[49] http://www.opencongress.org/bill/111-h3458/text.

[50] Chile verabschiedet Gesetz zur Netzneutralität, http://latina-press.com/news/34557-chile-verabschiedet-gesetz-zur-netzneutralitaet/; *Ufer*, CR 2010, 634, 636.

[51] Die norwegischen Leitlinien sind abrufbar unter http://www.npt.no/ikbViewer/Content/109604/Guidelines%20for%20network%20neutrality.pdf.

[52] *Ufer*, K&R 2010, 383, 387 sieht darin „eine Art Selbstverpflichtungsabkommen".

- use services and run applications of their choice
- connect hardware and use software of their choice that do not harm the network.

3. Internet users are entitled to an Internet connection that is free of discrimination with regard to type of application, service or content or based on sender or receiver address".[53]

Das erste Prinzip betrifft die Basisversorgung durch das allgemeine „Best Efforts-Internet". Es setzt insoweit auf Transparenz und Vertragsbindung. Der Endnutzer soll vorab erfahren, welche Bandbreite der Anschluss hat und ob und wie andere auf der gleichen Leitung übermittelte Dienste (z.B. Telefondienste) die Qualität der Internetverbindung beeinflussen. Nach Vertragsschluss soll er sich darauf verlassen können, dass diese Basisversorgung wie vereinbart erhalten bleibt.[54] Das zweite Prinzip sichert dem Endnutzer die Freiheit zu, seinen Anschluss nach Belieben zu nutzen. Das gilt natürlich nur im Rahmen der Gesetze. Die Verbreitung illegaler Inhalte oder illegales Files Sharing dürfen unterbunden werden.[55] Das dritte Prinzip regelt das Verhältnis zum Netzmanagement. Es verbietet grundsätzlich eine Differenzierung zwischen verschiedenen Diensten. Es erlaubt aber ein Verkehrsmanagement nicht nur zum Schutz der Netzfunktion (z.B. gegen Spam oder Hacker-Angriffe), zwecks Befolgung staatlicher Anordnungen, im Falle vorübergehender Engpässe oder auf Wunsch des Endnutzers selbst, sondern auch zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit bestimmter qualitätssensibler Dienste wie VoIP oder IPTV, also eine Differenzierung nach Dienst- bzw. Qualitätsklassen. Ausgeschlossen ist demgegenüber einer Bevorzugung bestimmter individueller Datenströme.[56]

IV. Ansatz der EU und des TKG

1. Grundsatz

Die EU-Richtlinien „Bessere Regulierung" und „Rechte der Bürger", durch die 2009 der EU-Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation aus dem Jahre 2002 modernisiert wurde und die (eigentlich) bis zum 25. Mai 2011 umzusetzen

---

[53] Norwegische Leitlinien, a.a.O. (Fn. 51), S. 2.

[54] Norwegische Leitlinien, a.a.O. (Fn. 51), S. 2 f.; vgl. auch *Ufer*, K&R 2919, 383, 387. Die Leitlinien erlauben allerdings , wie aus den Erläuterungen zum dritten Prinzip deutlich wird, ausdrücklich auch Qualitätsdifferenzierungen, die den Anforderungen unterschiedlicher Dienste gerecht werden, vgl. *Anderson*, Norway gets net neutrality - voluntary, but broadly supported, http://arstechnica.com/tech-policy/news/2009/02/norway-gets-voluntary-net-neutrality.ars.

[55] Norwegische Leitlinien, a.a.O. (Fn. 51), S. 3.

[56] Norwegische Leitlinien, a.a.O. (Fn. 51), S. 4 f.

waren[57] sowie der entsprechende, insoweit inhaltlich auch ins TKG 2012 umgesetzte Regierungsentwurf zum TKG vom 2. März 2011 (RegE)[58] haben sich erstmals auch dem Problem der Netzneutralität zugewandt. Dabei haben sie sich im Gegensatz zu der auf den Schutz der Netzneutralität durch regulatorische Intervention zielenden FCC-Praxis ein zurückhaltende Verständnis zu Eigen gemacht, das Qualitätsdifferenzierungen und Priorisierungen grundsätzlich zulässt und statt umfassender Regulierung auf Wettbewerb auf der Netzebene sowie Angebotstransparenz und Gewährleistung einer Mindestqualität für alle Nutzer setzt.[59] Anders als die US-Praxis unterscheidet der technologieneutrale europäische Ansatz zudem zu Recht grundsätzlich nicht zwischen drahtgebundenen und mobilen Verbindungen.[60]

Die Kommission unterstreicht in ihrer Erklärung zur Netzneutralität, die der Richtlinie 2009/140/EG beigefügt ist, die hohe Bedeutung „der Erhaltung des offenen und neutralen Charakters des Internet". Sie vertraut insoweit derzeit in erster Linie auf die Kräfte von Markt und Wettbewerb.[61] Die frisch novellierten EU-Richtlinien enthalten dementsprechend nur wenige Regelungen. Der RegE zum TKG folgt diesem zurückhaltenden Ansatz und beschränkt sich auf die Umsetzung dieser wenigen Vorgaben.

2. Regelungen im EU-Rechtsrahmen und im TKG

a) Netzneutralität als Regulierungsziel (und Regulierungsgrundsatz)

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG (Art. 8 Abs. 4 lit. g RRL) „fördert (die BNetzA) die Möglichkeit der Endnutzer, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder Anwendungen und Dienste ihrer Wahl zu nutzen". Die Erklärung der Kommission zur Netzneutralität sieht darin eine Festschreibung der Netzneutralität „als politisches Ziel und als von den nationalen Regulierungsbehörden zu fördernden Regulierungsgrundsatz". Formell betrachtet schießt das etwas über das Ziel hinaus, denn Art. 8 Abs. 4 RRL und § 2 Abs. 2 TKG normieren nur Regulierungs*ziele*, während Art. 8 Abs. 5 RRL und § 2 Abs. 3 TKG, welche die Regulierungs*grundsätze* beschreiben, keine unmittelbare Bezugnahme auf die Netzneutralität enthalten. Allerdings ist die Grenze zwischen Regulierungszielen (die der Regulierungsbehörde vorgeben, *was* sie zu erreichen hat) und Regulierungsgrundsätzen (die der

[57] Richtlinie 2009/140/EG („Bessere Regulierung"), ABlEU 2009 L 337/37 und Richtlinie 2009/136/EG („Rechte der Bürger"), ABlEU 2009 L 337/11.
[58] Der RegE kann von der Webseite www.bmwi.de abgerufen werden.
[59] Zu der Frage, ob die BNetzA nach dem TKG 2007 zum Schutz der Neutzneutralität eingreifen müsse, s. (zu Recht verneinend) *Schrey/Frevert*, MMR 2010, 596, 597 f.; zum TKG 2011 s. *Körber*, MMR 2011, 215 ff.
[60] Gegen eine Unterscheidung zwischen Festnetz und Mobilfunk auch BNetzA-Präsident *Kurth* (Fn. 7), S. 12.
[61] ABlEU 2009 L 337/37, S. 69.

Regulierungsbehörde vorgeben, *wie* sie die Ziele zu erreichen hat)[62] ohnehin sehr vage.[63] Vor allem aber normieren Art. 8 Abs. 5 RRL und § 2 Abs. 3 TKG als Regulierungsgrundsätze auch die Prinzipien der Diskriminierungsfreiheit (§ 2 Abs. 3 Nr. 2) und der Wettbewerbsförderung (Nr. 3) sowie der Subsidiarität der Regulierung gegenüber Markt und Kartellrecht (Nr. 6).[64] Der dadurch für die Erreichung des Regulierungsziels der Netzneutralität vorgegebene Weg entspricht dem von der Kommission vertretenen Ansatz, der nicht auf staatliche Verwaltung knapper Ressourcen, sondern zu Recht auf Transparenz und Wettbewerb setzt.[65]

Mit anderen Worten: Dass die Netzneutralität nach dem Gesetzeswortlaut ein Regulierungsziel und nach Auffassung der Kommission auch ein Regulierungsgrundsatz ist, bedeutet keineswegs, dass man Netzneutralität *durch* Regulierung erreichen müsste.[66] Vielmehr ist daraus einerseits zu entnehmen, dass der Staat die Netzneutralität achten muss, *wenn* er aus anderen Gründen regulierend tätig werden muss. Andererseits und vor allem aber folgt aus der Gesamtschau der Regulierungsgrundsätze, dass Netzneutralität vorzugsweise durch Wettbewerbsförderung zu schützen ist und für die Sicherstellung von Netzneutralität durch Regulierung erst und nur dann Raum ist, wenn marktgemäße Selbststeuerung und Kartellrecht versagen. Dies entspricht dem oben vertretenen Ansatz.

Konkrete gesetzliche Ausgestaltungen mit Bezug zur Netzneutralität finden sich in § 43a Abs. 2 TKG (Art. 20 Abs. 1 lit. b URL[67]), § 45n TKG (Art. 21 Abs. 3 lit. c und d URL) und § 41a TKG (Art. 22 Abs. 3 URL). Mittelbar wird die Netzneutralität auch durch die Erleichterung des Anbieterwechsels seitens der Endnutzer in §§ 43b, 46, 47a TKG (Art. 30 Abs. 4 und 5 sowie 34 Abs. 1 URL) gefördert und geschützt.

b) Wettbewerbsförderung durch Transparenz und erleichterten Anbieterwechsel

§§ 43a Abs. 2 Nr. 2 und 45n TKG setzen den Richtlinienvorgaben entsprechend auf Transparenz. Nach §§ 43a Abs. 2 Nr. 2 TKG müssen Verbraucher und auf Verlangen auch andere Endnutzer u.a. über Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen informiert werden. Nrn. 3 und 4 verlangen eine entsprechende Information über das angebotene Mindestniveau der Dienstqualität bzw. über Netzwerkmanagementtechniken mitsamt den möglichen Auswirkungen auf die Dienstqualität.

Nach § 45n TKG kann das BMWi eine Rechtsverordnung zur Förderung der Transparenz erlassen (Abs. 1) oder dies an die BNetzA delegieren (Abs. 7). In

[62] Zu dieser Unterscheidung Begr RegE, S. 83.
[63] So auch *Holznagel*, K&R 2010, 761; *Körber*, MMR 2011, 215, 216.
[64] Vgl. dazu bereits oben bei Fn. 29 (3-Kriterien-Test).
[65] Dazu auch *Körber*, MMR 2011, 215 ff.
[66] Insoweit gilt nichts anderes als für die Technologieneutralität, zu dieser eingehend *Körber*, ZWeR 2008, 146 ff.
[67] URL = durch die Richtlinie 2009/136/EG (ABl. EU 2009, L 337/11) modifizierte Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG.

einer solchen VO kann dann u.a. die Pflicht etabliert werden, die Teilnehmer über Änderungen zu unterrichten, die zu Nutzungsbeschränkungen führen (Abs. 4 Nr. 3).

Die durch diese Vorschriften geschaffene Transparenz ermöglicht den Endnutzern eine informierte Teilnahme am Wettbewerb. Sie können z.B. selbst entscheiden, ob sie ein Angebot wählen, das bestimmte Dienste ausschließt oder nur gegen Mehrpreis anbietet (wie z.B. derzeit der UMTS-Internetzugang von DTAG, Vodafone und Base in Bezug auf VoIP-Telefonie über Skype) oder ein Angebot, das dies uneingeschränkt zulässt (z.B. derzeit der UMTS-Internetzugang von o2). Es besteht allerdings noch Verbesserungspotential. Werden bestimmte Dienste ausgeschlossen, sollte eine gesonderte Hinweispflicht bestehen, um ein „Verstecken" dieser essentiellen Informationen in AGB zu verhindern.[68]

Die Verbesserung der Transparenz kann in Bezug auf die Bestandskunden nur dann in mehr Wettbewerb durchschlagen, wenn diesen ein Wechsel des Anbieters möglich ist. Ein solcher Anbieterwechsel wird durch neue Regelungen in §§ 43b, 46, 47a TKG erleichtert: § 43b TKG begrenzt die maximale Vertragslaufzeit auf 24 Monate und verpflichtet die Anbieter, eine Vertragsvariante mit maximal zwölfmonatiger Laufzeit anzubieten. Während dieses Erfordernis schon vor Inkrafttreten des neuen TKG 2011 auf Druck des Wettbewerbs weitgehend erfüllt war, besteht erheblicher Regulierungsbedarf in Bezug auf die Durchführung des Anbieterwechsels. Hier liegt in der Praxis, sei es durch bewusste Behinderung, sei es durch bloße „Schlamperei" seitens der ISP, noch vieles im Argen. Die Befürchtung, bei einem Wechsel möglicherweise wochenlang ohne Telefon- und Internetanschluss auskommen zu müssen, war und ist durchaus berechtigt. Dies schreckt viele Nutzer auch bei Unzufriedenheit mit dem bisherigen Anbieter von einem Wechsel ab und führt zu einer massiven Behinderung des Wettbewerbs.[69] § 46 TKG normiert daher nunmehr zu Recht, dass es bei einem Anbieterwechsel zu einer Versorgungsunterbrechung von maximal einem Kalendertag kommen darf (Abs. 1 S. 2). Schlägt der Wechsel innerhalb dieser Frist fehl, muss der bisherige Anbieter den Endkunden grundsätzlich zu einem um 50 Prozent reduzierten Entgelt weiterversorgen, bis der Wechsel erfolgt ist (Abs. 1 S. 3 und Abs. 2). § 47a TKG führt schließlich für Streitfälle ein Schlichtungsverfahren bei der BNetzA ein.

c) Sicherstellung einer Mindestqualität für Internetdienste

§ 41a TKG enthält eine weitere Verordnungsermächtigung für Rahmenvorschriften in Bezug auf Mindestanforderungen an die Dienstqualität und zusätzliche Dienstmerkmale, die der Kostenkontrolle dienen (Abs. 1). Nach Abs. 3 können in dieser VO „Mindestanforderungen für die Dienstqualität festgelegt werden, um eine Verschlechterung von Diensten und eine Behinderung oder Verlangsamung

[68] Zum vertragsrechtlichen Schutz der Netzneutralität s. auch *Lapp*, CR 2007, 774 ff.
[69] So auch BNetzA-Präsident *Kurth* (Fn. 7), S. 11.

des Datenverkehrs in den Netzen zu verhindern". Ihr Erlass kann nach Abs. 2 kann die BNetzA im Benehmen mit EU-Kommission und GEREK Mindestanforderungen an die Dienstqualität durch Verfügung festlegen.

Auf diese Weise kann – inhaltsneutral – eine Mindestversorgung der Endkunden sichergestellt werden, falls Qualitätsdifferenzierung und Priorisierung zu einer schleichenden Verdrängung des Best-Efforts-Internet führen sollten, wie es die Vertreter einer strengen Netzneutralität befürchten. Der Maßstab für die Mindestqualität muss dabei der Dynamik des Internet entsprechend seinerseits dynamisch sein und sich fortlaufend neuen Herausforderungen anpassen. Ein bloßer Schutz des Best-Efforts-Internet gegenüber einer Verschlechterung im Vergleich zum status quo reicht nicht aus. Der RegE geht allerdings davon aus, dass für unmittelbare gesetzliche Regelungen derzeit kein Anlass besteht und vertraut – wie der EU-Rechtsrahmen – zu Recht auf Transparenz und Wettbewerb.[70]

3. Position der BNetzA

Die BNetzA verkennt nicht das durch Qualitätsdifferenzierung und Priorisierung eröffnete Diskriminierungspotential, ebenso wenig die Gefahr, dass durch solche Diskriminierungen Diensteinnovationen durch Startup-Unternehmen erschwert werden könnten. Andererseits sieht sie aber auch die ökonomische Sinnhaftigkeit einer Qualitätsdifferenzierung und betont, dass durch die Einführung von Qualitätsklassen in Ergänzung zum traditionellen „Best-Efforts-Internet" neue Wahlmöglichkeiten geschaffen werden könnten. Eine weitere Differenzierung innerhalb der Qualitätsklassen (z.B. zwischen verschiedenen Anbietern im Wettbewerb stehender Produkte) lehnt die BNetzA demgegenüber ab.[71]

BNetzA-Präsident *Kurth* sieht vor diesem Hintergrund den „Wettbewerb als Schlüssel zu Neutralität". Wichtigste Säule für die Gewährleistung von Netzneutralität sei die Existenz ausreichenden Wettbewerbs auf der Netzebene. Dieser wiederum setze Wechselmöglichkeiten und als zweite Säule eine erweiterte Transparenz voraus. Die dritte und wichtigste Säule sei schließlich die Gewährleistung einer Mindestqualität für alle Nutzer. Seien diese Voraussetzungen erfüllt, so müssten Qualitätsdifferenzierungen und Netzneutralität keine unversöhnlichen Gegensätze sein.[72] Die BNetzA tritt insoweit für die Setzung klarer Rahmenbedingungen ein, an denen sich die Anbieter orientieren können und bei deren Ver-

[70] Begr RegE, S. 76; zweifelnd *Holznagel*, MMR 2010, 761, 766.
[71] BNetzA-Präsident *Kurth* (Fn. 7), S. 8. Das entspricht im Ergebnis auch dem oben bei Fn. 56 beschriebenen norwegischen Ansatz.
[72] *Kurth*, Wettbewerb und Transparenz . Der Markt macht's, www.theeuropean.de/matthias-kurth/4370-wettbewerb-und-transparenz; *ders.*, Wettbewerb ist Garant für Netzneutralität, http://www.faz.net/s/RubEC1ACFE1EE274C81BCD3621EF555C83C/Doc~EA892A486882249CE8E1832F63C3F4019~ATpl~Ecommon~Sspezial.html.

letzung die BNetzA als Regulierer eingreifen kann.[73] Dies entspricht dem Ansatz des EU-Rechtsrahmen und des neuen TKG.

V. Fazit

Der allgemeine Grundsatz, dass Regulierung nur erforderlich und damit auch nur zulässig ist, um ein nachweisliches, dauerhaftes Versagen von Markt und Kartellrecht zu kompensieren, gilt auch in Bezug auf den Schutz der Netzneutralität. Für eine Übertragung der noch der Welt des analogen Rundfunks verhafteten und insoweit schon für den modernen digitalen Rundfunk anachronistischen Rundfunküberregulierung auf das Internet besteht weder Raum noch Bedarf. Die Fähigkeit der Märkte zur Selbstregulierung sollte nicht unterschätzt und die Fähigkeit der Behörden, Marktentwicklungen vorauszusehen und Kapazitäten sachgerecht zu verteilen, nicht überschätzt werden. Derzeit sorgt der Wettbewerb für Netzneutralität. Die Netzneutralität ist nicht akut gefährdet. Für regulierende Eingriffe besteht dementsprechend kein Bedarf. Deutscher und europäischer Gesetzgeber, Kommission und BNetzA tun daher gut daran, auf die Förderung von Transparenz und Wettbewerb zu setzen und sich ein regulatorisches Eingreifen nur für den (eher unwahrscheinlichen) Fall vorzubehalten, dass dieser Ansatz scheitert – getreu dem Grundsatz: „Die Zukunft soll man nicht voraussehen wollen, sondern möglich machen".[74]

[73] BNetzA-Präsident *Kurth* (Fn. 7), S. 12; vgl. auch *Schrey/Frevert*, MMR 2010, 596, 599, die sich zwar eine klare gesetzliche Regelung wünschen, dies aber primär aus Gründen der Rechtssicherheit der ISP, Inhalteanbieter und Endkunden.

[74] *Antoine de Saint-Exupéry*, „Pour ce qui est de l'avenir, il ne s'agit pas de le prévoir, mais de le rendre possible" aus La citadelle/Die Stadt in der Wüste (1948).

III. Sicherheit und Risiken im Privat- und Wirtschaftsrecht

Prevention and Safety in Corporations and Corporate Groups

Gerald Spindler

I. Introduction

Prevention and safety in corporations and corporate groups have been one of the issues that were of interest almost for all parts of legal theory (and practice). Duties as well as liability issues of directors and employees has long been at the centre of discussions with regard to civil and corporate law concerning the introduction of management systems and organizational duties; concerning criminal law the responsibility of boards of directors for infringements of product safety policies has been at stake leading to some famous decisions of the German high federal court in criminal law. Last but not least public (administrative) law began to use systematically organizational duties as a means to cope with safety problems, in particular to introduce proactive duties to enhance safety in corporations. However, a coherent theory of organizational duties covering all areas of law is still

lacking.[1] Instead, most legal disciplines apparently develop their own approach towards management systems thus loosing contact to paradigms and strands of arguments in other parts of the legal system.

In the following I will deal with some fundamental problems of ensuring prevention and safety as a civil law and corporate law problem, including some actual upshots of compliance problems (0). Afterwards we will turn to corporate duties, in particular to the personal liability of directors (0). In this context, an intriguing issue refers to organizational (in particular compliance) duties in corporate groups, especially with regard to the different and complex forms of corporate groups (0).

II. Fundamental Problems and Actual Phenomena

At first glance, it seems evident that prevention and safety is part of the civil (and corporate) law duties imposed upon a corporation, in particular if we consider tort law. However, for decades (and still) the prevailing opinion amongst German legal scholars and courts qualified tort law primarily as a means to compensate the victim rather than a means to enhance prevention which has been regarded in principle a task of criminal legal provisions and of administrative law.[2] Nevertheless, this view has been under attack for several decades now, in particular by scholars influenced by new institutional economic thinking.[3] Indeed, every duty to compensate a victim creates an incentive for the tortfeasor to abstain from wrongdoing in the future as infringements do not pay off. Hence, tort law provides for certain obligations which could easily be transformed into preventional means. One of these obligations concerns the implementation of management systems, or more in general organizational duties. Whereas courts often used organizational duties of the corporation to overcome the lacking vicarious liability in German tort law, these duties were transposed in part to corporate law, there specifying the general duties of manager to organize the corporation.[4]

Starting from these general duties to organize the corporation in a reasonable manner, in particular to avoid any damages for the corporation (hence, to avoid damages for third parties as these will lead to claims against the corporations), several management duties had been derived in the past, such as implementation of safety management systems, overall risk management systems, and in particular compliance management systems. These compliance management systems are rooted in the general duty of the corporation to comply with legal provisions (like

[1] Cf. for a first glance *Spindler* Unternehmensorganisationspflichten, 2nd. Ed. 2011, passim.

[2] *Wagner* in MünchKomm BGB Vor § 823 mn. 38 f.; *Spindler* in Bamberger/Roth BGB § 823 mn. 0.6.

[3] For tort law as prevention see e.g. *Wagner* in MünchKomm BGB Vor § 823 mn. 40 f.; *Spindler* in Bamberger/Roth BGB § 823 mn. 0.7.

[4] For an overview of the decisions of the german high federal court *Fleischer* in Spindler/Stilz § 93 AktG mn. 314; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2nd Ed. 2011, at 844 ff.

any other citizen) as well as in the general duty to organize the corporation in a reasonable manner.[5] In principle, these compliance duties are a matter of course and it goes without saying that a corporation cannot defend against claims by arguing that the corporation had a sufficient compliance management system – if claims are based upon duties of the corporation imposed directly on her and which can not be delegated.

Some of these compliance management duties have become prominent, such as compliance management in order to avoid harsh antitrust sanctions.[6] Even in court decisions, organizational duties have gained substantial attention as organizational failures were considered as negligent behaviour concerning criminal fines against corporations (in antitrust cases).[7] As these fines can easily reach astronomous amounts it is evident that compliance management systems may serve as a prevention tool in order to avoid massive damages for the corporation. The same is true for avoidance of political sanctions or criminal sanctions (against chief executive managers etc.).

The most prominent case of using risk management and in particular compliance management tools refer to regulation of financial intermediaries, due to the recent crisis in security markets. In the context of the revision of the financial transaction law (WertpapierhandelsG) for the first time duties to introduce a compliance management were enshrined in legal provisions, flanked by guidelines of the financial service authorities (BaFin)[8] as well as regulations (sec. 12, 13 WpDVerOV)[9] specifying necessary organizational elements such as the compliance officer, sec. 33 para 1 WpHG.[10]

III. Corporate Duties and Liabilities

It goes without saying that corporations have to comply with legal provisions as they are treated in general like human beings. Hence, corporations have to ensure

---

[5] *Dreher*, FS Hüffer, 2010, at 161, 168 ff.; *Hauschka* NJW 2004, 257; *Bürkle* BB 2005, 565; *Rodewald/Unger* BB 2006, 113; *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG § 91 mn. 47; *Kort* in GroßKomm AktG § 91 mn. 65; *Spindler* in MünchKomm AktG § 91 mn. 35.

[6] *Lampert/Matthey* in *Hauschka,* Corporate Compliance, 2nd. Ed. 2010, § 26 mn. 48 ff.; *van Vormizeele* CCZ 2009, 41, 42; *Hölters* in Hölters AktG § 93 mn. 112.

[7] E.g. EuGH EuZW 2009, 816- *Akzo Nobel* NV; *Habersack*, FS Möschel, 2011, at 1175, 1177 f.; *Grundmeier* Der Konzern 2012, 487, 490.

[8] Rundschreiben Nr. 4/2010 (WA) – „Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (MaComp)", 07.06.2010 available: http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_1004_wa_macomp.html, (last check: 13.03.2013).

[9] Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen – Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung v. 20.07.2007, BGBl. I, S. 1432.

[10] MaComp AT 6 mn.1; *Sethe* ZBB 2008, 421, 427 f.

that they do not infringe norms such as environmental protection regulations, labour law, or taxation provisions.[11] As corporations are complex organizations, compliance systems have become one of the most prominent types of organizational duties in order to proof to authorities and agencies the ability of the corporation to comply with legal provisions. Whereas such compliance systems mostly had been treated as a part of the overall organizational duties just recently legislators across the globe have started to provide for specific compliance duties in specific legal areas, in particular in financial supervision acts such as supervision acts referring to banks or to financial markets. These provisions oblige the corporation to install a compliance officer who is charged with specific monitoring and controlling obligations inside the corporation in order to ensure compliance of all employees with duties stemming from banking supervision acts and regulations, sec. 25a Kreditwesengesetz, sec. 33 Wertpapierhandelsgesetz.[12] Moreover, the German supervision authority (the Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen – BaFin) has issued guidelines to specify these requisitions in the MaRisk (BA)[13] for sec. 25a Kreditwesengesetz and MaComp[14] for sec. 33 Wertpapierhandelsgesetz.
These compliance requirements have served as a blueprint for the general duty of corporate law to implement riskmanagement systems, sec. 91 AktG. However, as financial supervision acts adress specific risks of financial markets they can not be transferred one-to-one to "normal" stock corporations; modifications in the sense of facilitations have to be granted to the non-financial corporations. The range of these facilitations, however, has still to be clarified. Moreover, as compliance duties are just a reflection of the general duty to comply with legal requirements there is still some doubt if the business judgement rule – enshrined in sec. 93 para 1 AktG – can be applied to the implementation of compliance systems. In other words, can decisions about designing a compliance system be treated as an entrepreneurial decision so that the board of directors benefit from the safe harbour rule? In general, organizational duties have to be qualified as an entrepreneurial decision as they are just the means to reach a certain goal; moreover, the specific design of an organization always depend on the circumstances of the corporation, their strategy, the resources, and the manpower available. Hence, it is a decision

[11] *Hauschka* NJW 2004, 257, 258.
[12] *Brouwer* CCZ 2009, 161, 164; Wiederholt/Walter BB 2011, 968, 972.
[13] *MaRisk* (BA) AT 4.4.2 mn.4, Rundschreiben BaFin 10/2012 - „Mindestanforderungen an das Risikomanagement", 14. 12. 2012 – MaRisk (BA); available http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_1210_marisk_ba.html?nn=2819248, (last check: 02.05.2013).
[14] MaComp BT 1.1 mn.3, Rundschreiben 4/2010 (WA) – „Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (MaComp)", 07.06.2010 available: http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_1004_wa_macomp.html, (last check: 02.05.2013).

under uncertainty which exactly reflects the character of an entrepreneurial decision.[15]

Given the character of a business decision, problems emerge if other legal areas, such as administrative and in particular criminal law, adopt the concept of compliance systems. As these legal areas seldom know such a safe harbour rule as in corporate law, the business judgement rule has to be implied in the concept of implementing compliance systems. Otherwise, legal requirements in criminal law, for instance, which just transfer corporate duties into their system would tend to overregulate organizations of corporations, thus hampering freedom of enterprises to organize their business.[16]

IV. Responsibility for Compliance

The duty to implement compliance systems has been recently accentuated by a decision of the German High Federal Court in Criminal Law, arguing that a (voluntarily appointed) compliance officer may be held responsible (in criminal terms) for deeds of employees whom he had to monitor.[17] This – widely critized – decision led to a "wave" of retreats of compliance officers and changes in their competences, in order to shield them from criminal responsibility.[18] Corporations, board of directors, and compliance officers often find themselves in a dilemma: Once they have installed a specific institution/department which is in charge of monitoring infringements by employees courts tend to declare these people responsible for everything which has occurred in the corporation. Thus, incentives are diminished to strengthen monitoring inside the corporation as everyone has to reckon with criminal enforcements.

Even though up to now no civil court has picked up this development in criminal law it is highly probable that once criminal courts have adopted this doctrine the civil courts will transfer criminal responsibility into civil liability of compliance officers (and also of directors who are in charge of compliance systems). However, such a mere transcription of criminal concepts into civil law (and corporate law) would overlook the principles of corporate law of concentrating liability unto the legal person (corporations) rather than placing a liability onto the individual (employee, director, or compliance officer).[19] Hence, tendencies in civil courts to

---

[15] *Bergmoser* BB Beil. 2010 Nr. 004, 2, 3 f.; *Von Busekist/Hein* CCZ 2012, 41, 44; *Spindler* in MünchKomm AktG § 91 mn. 36.

[16] *Beulke/Bachmann* JuS 1992, 737, 740; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, at 198 ff.; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2nd Ed. 2011, at 880.

[17] BGHSt 54, 44, 49 f. = NStZ 2009, 686, 687 f.

[18] For suggested changes in competences see *Wybitul* BB 2009, 2590, 2591 ff.; *Kraft/Winkler* CCZ 2009, 29, 33; *Campos Nave/Vogel* BB 2009, 2546, 2548 f.

[19] *Mertens/Mertens* JZ 1990, 488, 489; Mertens/Cahn in Kölner Komm AktG § 93 mn. 224; *Wagner* in MünchKomm BGB § 823 mn. 414 f.

extend the individual responsibility have to be monitored very closely and critically by academics.[20]

V. Compliance in Corporate Groups

In contrast to the "normal" corporation compliance (and risk management) systems in complex corporate groups raise a lot of issues, in particular as most jurisdictions do not provide for specific norms on corporate groups so that the traditional principles of distinguishing the legal person from their shareholders still apply. One of the rare countries that have tried to cope with the phenomenon of corporate groups is Germany which introduced in 1965 specific provisions on corporate groups in order to protect minority shareholders and creditors.[21] German law divides corporate groups roughly into two sections, one characterized by a de facto control by means of 50 % and more of shares (or votes), the other one by a contract between two corporations enabling the mother company (holding company) to control directly the board of directors of the subsidiary.[22] Moreover, the law of corporate groups consisting of controlled companies with limited liability (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH) has not been codified rather than being developed step by step by courts applying general principles of corporate law. Hence, with regard to the implementation of compliance systems in corporate groups we have to distinguish the different types of groups:

VI. Compliance in Corporate Groups: De facto Group

In a de facto controlled corporate group (with a stock corporation as a subsidiary) sec. 311 AktG allows the holding company just an influence which does not harm the subsidiary. In case of damages, the holding company has to compensate all disadvantages of the subsidiary.[23] To assess the "disadvantage" of the subsidiary German law refers to the situation of an independent company as a benchmark.[24] Hence, in a de facto group the law does not acknowledge an overall „interest" of the group of companies as a means to justify disadvantaging action.[25]

[20] *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2nd. Ed. 2011, at 866 ff.
[21] RegBegr. *Kropff* AktG 1965, at 373 f.; *Hüffer* AktG § 15 mn. 3; *Hirschmann* in Hölters AktG § 15 mn. 3.
[22] Note, however, that this contract also requires a majority of more than 75 % of shares/votes in the general assembly of the subsidiary, sec. 293 para 2, 1 AktG.
[23] *Habersack* in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht § 311 mn. 59; Altmeppen in MünchKomm AktG § 311 mn. 301 f.; *H.-F. Müller* in Spindler/Stilz AktG § 311 mn. 48.
[24] BGHZ 175, 365 mn. 9, 11 = NJW 2008, 1583; *Hüffer* AktG § 311 mn. 27; *Habersack* in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht § 311 mn. 40; *Altmeppen* in MünchKomm AktG § 311 mn. 160; *H.-F. Müller* in Spindler/Stilz AktG § 311 mn. 28.
[25] *Altmeppen* in MünchKomm AktG § 311 mn. 306; *Habersack* in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht § 311 mn. 60; *Hüffer* AktG § 311 mn. 43.

Hence, as a consequence for implementing compliance systems a holding company has very limited means even to be notified of infringements as the board of directors is not obliged to inform the major shareholder of all events in the subsidiary.[26] However, in practice, the holding company will be represented in the supervising council of the subsidiary, thus controlling directly the board of directors and getting all information by means of exercising their right (and duty) to monitor the directors.[27] Nevertheless, it is still arguable if the knowledge of the representatives of the holding company lead per se to a knowledge of the holding company as the representatives then act as members of the supervisory council and have to comply with all duties of the subsidiary, in particular to keep secret all information they have received as members of this institution.

Moreover, even if the holding company can be attributed this knowledge the law does not provide direct means for the holding company to control infringements in the subsidiary. Still the board of directors of the subsidiary is in charge of monitoring the whole enterprise.[28] In other words, the power of the holding company to exercise a tight control of the corporate group is very limited in the case of a de facto controlled stock corporation. Thus, from a legal perspective the holding company cannot be held responsible for any infringements in the subsidiary as it lacks all means to monitor and control directly employees etc. in the subsidiary.[29] In other words, the directors of the holding company are not obliged to steer tightly the subsidiary, in contrary they are not allowed to do so.

VII. Contractual Based Group

In contrast to the de facto controlled group a stock corporation may also be controlled by a "domination agreement" (Beherrschungsvertrag). This agreement allows the directors of the holding company to issue instructions directly to the directors of the subsidiary, sec. 308 para 1 AktG (which is not possible in a de facto group). Moreover, sec. 308 AktG acknowledges the notion of "interest of the whole group of companies" (Konzerninteresse) as a legitimation to influence negatively the subsidiary corporation, even if the subsidiary is being damaged by instructions and actions of the holding company. Hence, the holding company can directly manage all affaires of the subsidiary, there are no limits regarding the own interests of the subsidiary company with the exception of mere existence of sub-

[26] *Bauckhage-Hoffer/Katko* WM 2012, 486, 487 f.; *Singhof* ZGR 2001, 146, 156 f.; *Lutter*, FS Goette, 2011, at 289, 294; *Wundenberg*, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, 2012, at 183.

[27] *Lutter*, FS Goette 2011, at 289, 294; *Verse* ZHR 175 (2011), 401, 419.

[28] *Fleischer* CCZ 2008, 1, 6; *Bachmann* VGR 13 (2007), at 65, S. 93 f.; *Hölters* in Hölters AktG § 93 mn. 111.

[29] *U.H. Schneider/S.H. Schneider* ZIP 2007, 2061 ff.; *Fleischer* CCZ 2008, 1, 3 f.; *Spindler* WM 2008, 905, 915.

sidiary company.[30] In order to compensate this power to influence the subsidiary, sec. 302 AktG provides for securities that have to be given to the creditors. Moreover, the holding company has to compensate all losses of the subsidiary annually.[31]

In consequence and due to this extended power to direct subsidiaries, holding companies (and their directors) are responsible for implementing compliance systems in subsidiaries which are controlled by means of domination agreements.[32] Even if a holding company limits the influence to an indirect monitoring of the subsidiary (in a decentralized organized corporate group) the holding company has to ensure that subsidiaries comply with their organizational duties, in particular with regard to compliance systems.[33]

VIII. Limited Liability Company as Subsidiary

In contrast to stock corporations in the case of a controlled limited liability company, shareholders can instruct managers in all issues, even the tiniest details can be subject to instructions of shareholders. Thus, there is no independence of directors in contrast to stock corporations.[34] Moreover, directors have to report directly to shareholders, thus enabling them to take actions. Hence, a simple majority can exercise the same power as in the case of contractually controlled groups. Note, however, that even though domination agreements are not required to exercise a quasi unlimited power tax restrictions often play an important role so that contracts are used even for limited liability companies as subsidiaries in order to consolidate them for tax reasons (Organschaft).[35]

Whereas the law on stock corporations provide for numerous norms dealing with conflicts between dominating shareholders and minorities as well as with creditors there is no codification of corporate groups concerning limited liability companies. Hence, court rulings dominate the law of corporate groups by means of a case-by-case-approach, using general principles such as the duty of loyalty or piercing the corporate veil in order to protect creditors as well as minorities.[36]

---

[30] OLG Düsseldorf AG 1990, 490, 492; *Hüffer* AktG § 308 mn. 19; *Emmerich* in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht § 308 mn. 60 ff.

[31] *Altmeppen* in MünchKomm AktG § 302 mn. 19 f.; *Emmerich* in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht § 302 mn. 27 ff.; *Deilmann* in Hölters AktG § 302 mn. 6 ff.

[32] *Bürkle* BB 2007, 1797, 1799; *Fleischer* CCZ 2008, 1, 5; *Spindler* WM 2008, 905, 915 f.

[33] *Götz* ZGR 1998, 524, 530 ff.; *Rieger*, FS Peltzer, 2001, at 339, 346; *Spindler* WM 2008, 905, 915.

[34] *Stephan/Tieves* in MünchKomm GmbHG § 37 mn. 115; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen GmbHG § 37 mn. 3, 11, Anh § 13 mn. 50; *Wicke* in Wicke GmbHG § 37 mn. 4.

[35] *Liebscher* in MünchKomm GmbHG § 13 Anh. mn. 39 f., 631; *Lutter/Hommelhoff* in Lutter/Hommelhoff GmbHG Anh zu § 13 mn. 44.

[36] *Liebscher* in MünchKomm GmbHG § 13 Anh. mn. 629; *Lutter/Hommelhoff* in Lutter/Hommelhoff GmbHG Anh zu § 13 mn. 13 ff., 27 ff.; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen GmbHG Anh § 13 mn. 72 ff., 87 ff.; *Götz* ZGR 2003, 1, 7; *Fett/Theusinger* BB Beilage 2010 No. 4, 6, 9.

With regard to compliance systems, there are parallels between contractually controlled stock corporations and limited liability companies: In both cases shareholders (holding companies) may exercise an extended power enabling them to monitor and instruct directly the management of subsidiaries so that they can be held responsible also for monitoring infringements of legal duties.[37] In consequence, the holding company is in charge also to implement compliance systems in the controlled limited liability company, at least the holding company has to ensure that the directors of the limited liability company implement such a system and report to the holding company the status of the system periodically.[38]

IX. Outlook

Organizational duties have become more and more important in the last decades as a means to cope with the "organized irresponsibility" of corporations,[39] in particular to enhance safety and prevention. Compliance systems are one of the main elements which have been codified more and more in the last years by legislators around the globe. However, if compliance systems may serve as a panacea to all "diseases" still is an open issue. We still need empirical studies which may shed light on the effectiveness of such systems to reduce infringements in corporations. Moreover, law makers should not overestimate the impact of organizational duties on the compliance of corporations with legal norms, in particular with regard to basic entrepreneurial freedoms which encompass also organizational designs of the corporations.

[37] *Fett/Theusinger* BB Beilage 2010 No. 4, 6, 10 f.; for insurance groups *Mutter* in Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen 2009, § 2 mn. 9.

[38] *Fett/Theusinger* BB Beilage 2010 No. 4, 6, 10 f.

[39] „organisierte Unverantwortlichkeit", *B. Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, at 34.

The Right to Self-Determination Regarding Property Right in Japanese Civil Law[1]

Hiroyuki Kubo

I. Introduction

This presentation is on the right to self-determination in Japanese civil law, particularly regarding protection against infringement on tort law.

Today, with the rise of increased consciousness of human rights, we have often heard about the right to self-determination. However, as it is referred to in various contexts, it seems very difficult to understand its particular significance. One of the reasons for this difficulty may stem from the fact that it has often been argued in the same contexts as privacy. In this light, I will explore the significance of the right to self-determination in Japanese civil law.

First, I will classify the theories regarding the right to self-determination which Japanese scholars discuss today. Each scholar uses the term differently depending

---

[1] I would like to express my gratitude to Professor *Aldo Ciano*, associate professor of Kansai Gaidai University, for checking my grammatical errors in English.

on their specialized field or understanding.[2] The terminology thus becomes confused. Let me define the word as precisely as possible. Second, I will provide an overview of the meaning of the right to self-determination in civil law. It seems that with the evolution of the case law, the focal point has changed. Here, therefore, I will highlight the differences of basic attitudes toward the right to self-determination in civil law, focusing on contract law. Next, I will discuss the possibility of solatium in the case of infringement of the right to self-determination regarding property rights, particularly in comparison with personal rights. We have had three important supreme court cases regarding this theme during the *Heisei* era in Japan. I will deal with these three cases.

II. Types of the Right to Self-Determination in Japan

In Japan, the right to self-determination has been widely discussed by constitutional law scholars.[3] They argue whether freedom to commit suicide, have an abortion, smoking and so on should be protected by the Constitution, particularly Article 13. In the United States, such rights have been considered a part of privacy since the late ´60s.[4] However, it is disputed whether freedom of having long hair or riding a motor cycle should be included in the rights of Article 13 of the Constitution of Japan. Thus, controversies are mainly limited to private matters and whether rights to do such private things should be allowed through the exercise of public power.

Of course, though it matters whether infringing these rights of freedom provokes the right to damages in tort law, originally the right to self-determination was discussed as it relates to the principle of private autonomy or the principle of freedom of contract in civil law.[5] Civil law scholars have debated why we are bound to perform a contract we execute. Some insist that self-determination is itself a guiding element of private autonomy or freedom of contract. Such a position is the so-called will theory – *Willenstheorie*. Conversely, others give priority to other philosophical constructs, such as rationality or relation.[6] Today, it seems the focus of disputes has shifted to if and how infringement of the right to self-determination can be restored in civil law.

---

[2] *K. Kroeschell*, "Selbstbestimmung aus rechtsgeshichtlicher Perspektive", in H. Matsumoto and S. Nishitani eds., Gendai Shakai to Jiko-ketteken(Modern Society and the Right to Self-Determination)(Tokyo, 1997) 24.

[3] *K. Sato*, Kenpogaku ni oite 'jiko-ketteken' wo iukotono imi"(What speaking of the right to self-determination means in constitutional law),Hotetsugaku Nenpo 1989, 93 et seq. , I. Takenaka, *Kenpojo no Jiko-ketteken*(The Right to Self-Determination in Constitutional Law)(Tokyo, 2010).

[4] *T. Yamada*, *Shiji to Jikokette* (Private Business and Law's Business) (Tokyo, 1987)6.

[5] *K. Ishida*, *Minpo Chitsujo to Jikokette* (Civil Law Order and Self-Determination)(Tokyo, 1989)34.

[6] *H. Sasakura*, "Jiko-ketteken towa nanika"(What is the right to self-determination?), in H. Matsumoto and S. Nishitani eds., Gendai Shakai to Jiko-ketteken(Modern Society and the Right to Self-Determination)(Tokyo, 1997)14.

III. The Right to Self-Determination in Private Law

As mentioned above, academic interest has focused on what governs contract, each person's will, or other philosophical construct. However, recently, in favor of the former, how the right to self-determination should be protected and if the right to self-determination regarding property rights can be protected have been considered.

Thus, in 2000, the Japanese Supreme Court rendered a very important decision[7]. In that case the Supreme Court acknowledged the right to self-determination regarding personal rights. The facts are as follows; a woman, a member of the Jehovah's Witnesses, had a malignant liver vascular tumor and sought a hospital which would agree to perform the surgery without blood transfusions. A doctor from one hospital accepted her request and agreed to perform the surgery without blood transfusions. However, the doctor had planned all along to give the patient a blood transfusion as a last resort. In fact, the doctor promised to perform the surgery without explaining such a fundamental policy regarding blood transfusions. The doctor actually performed the surgery and did a blood transfusion because the patient fell into serious condition during the operation. As a result, the patient survived about five years, which means the surgery was successful. Nevertheless, the patient filed a lawsuit claiming solatium because she did not have an opportunity to decide whether she should undergo surgery or not based on the correct information about blood transfusions. Though the Tokyo District Court dismissed the claim[8], the Tokyo High Court upheld it.[9] The defendant appealed. The Supreme Court dismissed the appeal saying that the defendant, by failing to explain to the plaintiff the possibility of a blood transfusion, deprived the plaintiff of the right to decide whether she should undergo surgery. The Supreme Court granted solatium to the plaintiff based on tort law, despite the successful result of the surgery. This case dealt with the right to self-determination regarding personal right that is life, body or health of the plaintiff. Commentators unanimously agree with this case. However, does the same apply with respect to self-determination regarding a property right? This is the next question and the focal point of this presentation.

---

[7] *Takeda v. Tokyo Daigaku Ikagakukenkyujo Fuzoku Byoin, Minshu* 54: 582 (Sup.Ct., 3rd P.B.,Feb. 29, 2000)

[8] Hanrei Taimuzu (No.964) 82 (Tokyo Dist. Ct., Mar. 12, 1997).

[9] Hanrei Taimuzu (No.965) 83 (Tokyo High Ct., Feb. 9, 1998).

IV. The Possibility of Remedies for the Infringement of the Right to Self-Determination in the Economic Interest

1. Two Supreme Court Cases

First of all, as an example: Does a consumer have a right to claim solatium if he had no opportunity to decide if he should conclude a contract to purchase a corporate bond since the bank mediating the sale did not inform him that the original principal was not insured, even if subsequently the plaintiff obtained the original principal with the promised dividend?

There are two important supreme court cases dealing with this topic. I will introduce them first.

One is the Supreme Court, December 9, 2003[10]. Typically, in Japan, fire insurance does not cover fire resulting from an earthquake. If fire resulting from an earthquake is to be covered, we must make special agreements for earthquake insurance. The plaintiff concluded a fire insurance contract with a defendant insurance company, but did not make a special agreement for earthquakes. Subsequently, the plaintiff's house burned down due to the Great Hanshin Earthquake of 1995. However, the plaintiff could not obtain insurance money because the house fire was regarded as resulting from the earthquake. The plaintiff filed a lawsuit claiming insurance money and so on. The plaintiff pleaded that he was deprived of an opportunity to make a decision to take out earthquake insurance because the defendant did not fulfill its obligation to provide sufficient information about earthquake insurance and claimed the balance between the insurance money and the premium as solatium for emotional distress. The Supreme Court dismissed the plaintiff's claim saying that because a decision to take out earthquake insurance does not relate to a personal interest such as life or body, but to a proprietary interest, even if there is insufficient or improper information or explanation concerning this decision on the side of the insurance company, unless the circumstances are exceptional, it cannot be considered a tort effecting the right to solatium. In this case, the plaintiff placed his seal in the box on the application form which confirms the purchaser's intent not to purchase earthquake insurance. This means that the plaintiff had sufficient opportunity to demand further information about earthquake insurance and the insurance company did not intentionally conceal the information regarding earthquake insurance. The Supreme Court gave weight to these facts in dismissing the claim.

The second case is the Supreme Court, November 18th, 2004[11]. This case involves a contract for sale of rebuilt apartments run by the Housing Public Corpo-

[10] *Furusaka v. Yasuda Kasai Kaijo Hoken K, K, et al*, *Minshu* 57:1887 (Sup.Ct, 3rd P.B., Feb. 9, 2003) .

[11] *Nakanishi v. Dokuritsu Gyose Hojin Toshi Saise Kiko, Minshu* 58:2225 (Sup.Ct, 1st P.B., Nov. 18, 2004).

ration (the corporation's name in Japanese has changed several times due to structural changes). The plaintiffs were tenants of apartments in some buildings run by the Housing Public Corporation. They vacated their apartments upon request of the Corporation in cooperating with the rebuilding of the apartment blocks. The Corporation planned to sell the apartments in the new buildings to the general public and gave cooperative ex-tenants a priority right to purchase these apartments in advance of selling to the general public. The plaintiffs thought that the Corporation would sell to the general public just after the sale to the plaintiffs at the almost same prices as those for themselves. However, subsequent sales were about three years after the sale to the ex-tenants except for the apartments already sold to the plaintiffs, and were sold to the general public at prices 25 % to 29 % less than the original prices for the plaintiffs. The Corporation had already decided to postpone the sale to the general public at the time of selling to the plaintiffs because they had found it very difficult to obtain purchasers at the same price charged the plaintiffs. Nevertheless, the Corporation did not inform of the change of schedule for sale to the general public at the time of the conclusion of the contracts with the plaintiffs. The plaintiffs filed a lawsuit for damages consisting of the balance amount between the price actually paid by them and the appropriate market-price, solatium and attorney's fees, based on tort. They insisted that they concluded the sales contract for the newly built apartments without an opportunity to consider the fact that the Corporation had postponed sales to the general public believing that it would have sold to the general public soon after the plaintiffs moved in. The Tokyo District Court in the first instance and the Tokyo High Court in the second instance decided in favor of the plaintiffs awarding solatium and attorney's fees. The defendant corporation appealed. The Supreme Court dismissed the defendant's appeal. The Supreme Court said that providing no explanation of not intending to sell the apartments to the general public soon after the sale to the plaintiffs was a severe breach of good faith and the plaintiffs were deprived of an opportunity to decide whether they should conclude the contract of sale or not, in contemplation of the appropriateness of the prices offered by the corporation. Also, the court concluded that such conduct by the Corporation is a tort effecting the right to solatium, though decision making to conclude each contract in these cases is relevant to an interest in property.

2. Some Remarks on the Cases

There were two opposing views on this issue before the two cases referred to above. Naturally, one is a positive view and the other negative.

Professor Kogayu of Tohoku University holds an affirmative view regarding this question[12]. His position is summarized as follows – The reason why restora-

[12] *T. Kogayu*, "Setsume gimu ihan niyoru songaibaisho' ni kansuru 2-3 no oboegaki"(A couple of notes on 'damages emerging from infringement of the duty to explain'), *Jiyu to Segi* 1996-10:46.

tion is acknowledged, even through the remedy of damages, in the case of a breach of duty to explain, is that a client's decision making was not executed based on sufficient information as a businessperson, such as the seller, did not give mandatory information. Even if there is no economic loss, there should be a case where some remedy is needed for infringement of the right to self-determination.

On the other hand, Professor Nishigori of Doshisha University, and formerly Kyoto University, takes a rather negative standpoint[13]. He says that emotional harm is rarely compensated by awarding solatium even when an aggrieved party's economic interest is infringed by fraudulent acts. Such argument leads him to the conclusion that we must deliberately deal with the problem of acknowledging the right to self-determination effecting solatium in "transactional torts". Does the Supreme Court adopt either of these two opinions?

Let me compare the two cases regarding the right to self-determination first. I do not assume that the latter case adopted 'exceptional circumstances' as in the former case. What made the conclusion different between the two cases? In both cases, the intention to execute a contract was related to proprietary interest. Indeed, self-determination regarding proprietary interest is so important that the decision may decisively alter our life[14], but its value is usually regarded as inferior to that regarding personal rights, such as life, body or good name. In that sense, the interest to be protected is weak in these two cases. Japanese traditional opinions have taken a view that illegality, one of requirements for right to damages arising from tort[15], is evaluated corresponding to the quality of infringed interest and the manner of infringing such interest. Therefore, where the interest pleaded to be protected is the personal right to decide about her own body and religious beliefs, the infringement will surely be evaluated as illegal in whatever manner the aggrieved party's personal right is infringed. It is easy to understand that in such a case of infringement of a personal right as in the Jehovah's Witnesses case, the Supreme Court could easily award solatium because illegality is high. Conversely, infringement of a proprietary right itself is weak in illegality. Therefore, possibility of granting solatium in the case of an infringement of proprietary interest would depend upon the manner of conducting the tort. In the former case dealing with earthquake insurance, the defendant did not conceal information about earthquake insurance, the plaintiff agreed not to attach a special agreement of earthquake insurance by placing his seal in the box on the application form which shows the purchaser's intention not to purchase it, and the plaintiff had sufficient chance to request more information. In the latter case, the defendant did not show its intention not to sell to the general public just after the sale to the plain-

---

[13] *S. Nishigori*, "Torihikiteki Fuhokoi niokeru jikokette-ken shingai"(Infringement of the right to self-determination in transactional torts), *Jurist* 1086(1996):87-90.

[14] *K. Yamamoto*,"Gendaishakai niokeru liberalism to shiteki-jichi II"(Liberalism and private autonomy in the modern society II), *Hogaku Roso*133-5(1993):11.

[15] *Minpo* (Civil Code), art. 709 (Law no. 89, 1896).

tiffs, despite the recognition that the plaintiffs expected the immediate sale to the general public.

Illegality in the latter case reached the degree appropriate for granting solatium based on tort law in respect of the manner of offending behavior.

3. The Probability of Altering Conduct after a Possible Explanation

Does the probability of altering conduct, such as the possibility of changing to no execution of contract, where the other party would have provided sufficient information or explanation about the contract, have an impact on the decision of the courts? In theory, the answer is no.

Because, the aim of awarding solatium in this context is to compensate for mental distress arising from having lost an opportunity to make a decision based on sufficient information.

Therefore, it should not matter whether the party would have selected another choice. For example, in the earthquake insurance case, if the plaintiff had been provided information, he would have purchased earthquake insurance and obtained the insurance money.[16] As to damages based on tort, he would have been compensated for the burned house, and not been limited to solatium. Consideration of another possible choice surely leads to granting economic damages besides solatium. However, I have some questions. In the earthquake insurance case, even if sufficient information had been provided, the plaintiff would not have purchased earthquake insurance, because in those days it was before the Great Hanshin Earthquake, and purchases of earthquake insurance was much less common than after the Great Earthquake. Such circumstances were likely to be taken into consideration by the court in rejecting granting solatium. On the other hand, in the selling of apartments to ex-tenants case, if the defendant had informed the plaintiffs of the change of its sales plan to the general public, the plaintiffs would have probably refrained from purchasing the apartments. In this case, such circumstances might have been taken into consideration in awarding solaium by the court. Even in the Jehovah's Witnesses transfusion case, the patient would probably have rejected surgery, if she had been informed of the transfusion possibility. Thus, at least in evaluating illegality, another possible choice has been taken into consideration in judging appropriateness of granting solatium in the case of infringement of self-determination concerning economical interest.

[16] R. *Yoshimura*, "Jiko-ketteken' ron no gendaiteki igi: oboegaki"(A note on the modern significance of the theory of the right to self-determination), *Ritsumekan Hogaku* 260-4(1998): 647.

V. Conclusion

In principle, the result from sufficient explanation or information does not matter in granting solatium based on tort because of infringement of the right to self-determination. However, even in cases of the infringement of the right to self-determination in the personal interest, the probability of changing a decision after sufficient and appropriate explanation may have an impact on court's decision. That may relate to the requirement of the loss, which is one of the requirements of tort. In the theory of balancing the amount in an economic situation between after a tort occurred and if it had not been occurred, there should be a difference between the two situations. Or, it may be taken into consideration as a factor of illegality.

IV. Sicherheit und Risiken im Medizinrecht

Ärztliches Ermessen und Aufklärungspflicht in der japanischen Judikatur
Vom Fürsorgeprinzip zur Patientenautonomie

Keiichi Yamanaka

I. Einführung

1. Entwicklungsphasen der ärztlichen Aufklärungspflicht

Die Diskussion über eine ärztliche Aufklärungspflicht im japanischen Medizinrecht begann erst mit einem Aufsatz aus dem Jahre 1965[1]. Dieser Aufsatz basierte bezüglich der dort behaupteten Thesen auf der deutschen Wissenschaft und Judikatur. Bis dahin war die Idee unzweifelhaft, dass die Heilbehandlung zur ausschließlichen Zuständigkeit des Arztes gehört, der die Fachkenntnisse und praktischen Erfahrungen in diesem Bereich hat, und dass die Diagnose und Behand-

[1] *Koichi Bai,* Die Einwilligung des Patienten und die ärztliche Aufklärung in die Heilbehandlung, Keiyakuho Taikei Bd. VII, 1965, S. 66 ff. (*Bai*, Ijiho heno Ayumi [= Meine Schrift zum Medizinrecht], 1970, S. 1 ff.).

lungsmethode allein ihm überlassen werden mussten. Der Patient galt bis dahin keineswegs als Behandlungssubjekt, sondern es wurde erwartet, dass er dem Arzt vollstes Vertrauen schenkte. Die „Aufklärung" des Patienten wurde nicht als Patientenrecht, sondern als eine Beruhigungsmethode bzw. als Methode zur effektiven Verwirklichung des Behandlungszwecks durch den Arzt angesehen. Aber in den 70er Jahren hatte sich eine rechtsstaatlichere Denkweise in der Bevölkerung ausgebreitet, die zu einem Umdenken auch in Bereichen führte, in denen bisher ausschließlich Fachleute das Sagen hatten. Damit setzte sich der Gedanke durch, dass auch der ärztliche Heileingriff in die körperliche Unversehrtheit gegen den Patientenwillen nicht erlaubt ist, auch wenn er medizinisch indiziert ist und die Behandlung lege artis durchgeführt wird. In diesem Zusammenhang ist auch die Notwendigkeit der ärztlichen Aufklärung als eine Voraussetzung für die Gültigkeit der Einwilligung von Patienten zunehmend anerkannt worden.

Heute hat sich der Gedanke, dass der Patient kein bloßer Gegenstand der ärztlichen Behandlung, sondern Behandlungssubjekt ist, sowohl in der medizinischen Fachwelt als auch in der allgemeinen Gesellschaft, schon fast durchgesetzt. Die Patienten können und müssen sich sowohl für das Ob der Behandlung als auch hinsichtlich der Auswahl der Methode selbst entscheiden. Es ist schon allgemein anerkannt, dass eine Medizin, die mit dem Patientenwillen in Widerspruch steht, wenigstens nicht wünschenswert ist.

2. Die Entwicklung der Aufklärungspflicht in der Judikatur

(1) 1970er Jahre (Ära der Anerkennung der Aufklärungspflicht)

Wenn man die Schlüsselwörter „Aufklärungspflicht" und „Arzt" in einer Entscheidungssuchmaschine im Internet eingibt, stellt man fest, dass in der japanischen Zivilrechtsprechung die Erwähnung einer „ärztlichen Aufklärungspflicht" erst seit Anfang der 70er Jahre zu finden ist. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1971[2] hat der Kläger die „Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht" erfolglos behauptet. In einer Entscheidung im Jahr 1974[3] hat das Gericht zwar die Möglichkeit einer „Verletzung der Anweisungs- und Aufklärungspflicht" erwähnt, eine Verletzung aber am Ende abgelehnt. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1975[4] hat das Gericht zwar die „Aufklärungspflicht" bejaht, dabei allerdings den „adäquaten Kausalzusammenhang" zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem Erfolgseintritt verneint. Das Urteil hat zudem klargestellt, dass es immer dann keine hinreichenden Beweise dafür gibt, dass der Patient in eine Operation nicht

[2] Urteil des LG Fukushima, Zweigstelle Aizuwakamatsu, vom 7. 7. 1971, Hanrei Jiho 636, 34. Als Entscheidungsbesprechung vgl. *Shinichi Toda*, in: Iji Hanrei Hyakusen 1976, S. 84□

[3] Entscheidung des LG Nagasaki vom 26. 6. 1974, Hanrei Jiho 748, 29. Entscheidung der Berufungsinstanz vgl. Urteil des OG Fukuoka vom 17. 5. 1977. Hanrei Jiho 860, 22, als Revision vgl. Urteil des OGH 13. 11. 1979, Hanrei Jiho 952, 49.

[4] Urteil des OG Kobe vom 4. 9. 1975, Hanrei Jiho 810, 67.

eingewilligt hat, wenn der Arzt zuvor über das Risiko der Operation aufgeklärt hat[5]. 1977 gab es eine Entscheidung[6], in der der Arzt nach Auffassung des Gerichts die Aufklärungspflicht erfüllt hatte, weswegen keine Fahrlässigkeitshaftung bejaht werden konnte.

Die Entscheidung, in der die Verletzung der Aufklarungspflicht wahrscheinlich zum ersten Mal bejaht wurde, war das Urteil des LG Kyoto vom 1. 10. 1976[7]. Nach dem Urteil hatte der Arzt die Pflicht zur hinreichenden Aufklärung über mögliche Komplikationen vernachlässigt.

(2) Entscheidungen am Anfang der 80er Jahre (Anerkennung der Aufklärungspflicht durch den OGH)

Der OGH hat 1981 in seinem „Fall der Schädelöffnungsoperation“[8] eine Verletzung der Aufklärungspflicht bejaht: „Das Urteil der Vorinstanz ist als rechtmäßig anzusehen: Der Arzt, der die Schädelöffnungsoperation an dem an einer Schädelfraktur leidenden Patienten durchgeführt hatte, hatte die Pflicht, den Patienten, oder den gesetzlichen Vertreter, über den Operationsinhalt und die Begleitrisiken aufzuklären. Aber er hatte darüber hinaus keine Pflichten, über den gegenwärtigen Krankheitszustand und seine Ursache, den Genesungsgrad nach der Operation, den hypothetisch denkbaren konkreten Prognoseinhalt für den eventuellen Fall, in dem keine Operation stattgefunden hätte, den Grad der für die Diagnose grundlegenden Symptome und deren Bedeutung für die Beurteilung der Gefährlichkeit des Falles und Unsicherheiten bei der Beurteilung, sowie die Möglichkeiten der Vorbereitungen darauf, dass diese unsicheren Teile der Vorhersage nicht wie geplant verlaufen, aufzuklären“.

Der OGH hat sich auch in einem Urteil aus dem Jahr 1982 mit der Aufklärungspflicht beschäftigt, diese am Ende aber verneint.

---

[5] Zu dieser Frage der hypothetischen Einwilligung des Patienten vgl. *Yamanaka*, Kritisch-dogmatische Überlegungen zur hypothetischen Einwilligung, in: Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht (Festschrift fuer M. Maiwald zum 75. Geburtstag) Bloy/ Boese/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), 2010, S. 865 ff.

[6] Urteil des LG Urawa vom 31. 3. 1972, Hanrei Jiho 846, 24.

[7] Urteil des LG Kyoto vom 1. 10. 1976, Hanrei Jiho 848, 93.

[8] Urteil des OGH vom 19. 6. 1981, Hanrei Jiho 1011, 54. Als Entscheidungsbesprechung vgl. *Ikubumi Niimi,* Der Grad der ärztlichen Aufklärung bei der Kraniotomie, Minshoho Zasshi Bf. 86, H. 2, S. 345;*Tominobu Tagami*, Der Arzt, der eine Kraniotomie vollzieht, und der Bereich der Aufklärungspflicht, Hanrei Jiho 1037,S. 170□ *Kiyoshi Suda*, Kraniotomie und ärztliche Aufklärungspflicht, Nippon Hogaku Bd. 48, H. 1, S. 162; *Ikubumi Niimi/ Seishi Fukuma*, Kraniotomie auf Grund der Schädelfraktur und Aufklärungspflicht – aus der rechtlichen Sicht, Iryokago Hanrei Hyakusen (1989) S. 92;*Ikubumi Niimi*, Kraniotomie auf Grund der Schädelfraktur und Aufklärungspflicht, Iryokago Hanrei Hyakusen, 2. Aufl., S. 10; *Yoshio Kato*, Kraniotomie und Aufklärungspflicht, Iji Hanrei Hyakusen, S. 114; *Ikubui Niimi,* Der Bereich der Aufklärungspflicht des Arztes, der sich die Kranoitomie an den verletzen Patienten durchsetzt, Hanrei Times 472, 101.

3. Der rechtliche Grund für die Aufklärung

(1) Die Aufklärungspflicht und die Erläuterung der Behandlungsmethode

Die Aufklärung in Form der „Unterrichtung über die Behandlungsmethode“ ist die Aufklärung des Patienten, die erfolgt, um die Behandlungsmethode in Bezug auf das Krankheitsbild mit dem Patienten zu besprechen. Der § 23 des „Arztgesetzes“ regelt: „Der Arzt muss nach seiner Diagnose den Patienten oder seinen Pfleger in Bezug auf die Behandlungsmethode und über die sonstigen für die Genesung relevanten Angelegenheiten unterrichten“. Diese Aufklärung entspricht der sog. „therapeutischen Aufklärung“ im Deutschen. Daraus ergibt sich, dass die Aufklärungspflicht in erster Linie nicht Ausdruck des „Selbstbestimmungsrechts“ ist, sondern von seiner Zweckmäßigkeit her als Förderung der Heilbehandlung angesehen wurde.

(2) Aufklärung als Voraussetzung für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts

Als Rechtsgrund für die Aufklärungspflicht sind das Personenrecht, der Behandlungsvertrag, Sorgfaltspflichten und medizinische Regelungen usw. zu nennen. Als verfassungsrechtlicher Grund ist das Recht, nach dem persönlichen Glück zu streben (§13 S. 2 jVerf.), zu nennen.

Der Behandlungsvertrag ist eine Art des „Quasi-Auftrages“ (§656 jBGB), der auf §645 jBGB basiert[9]. Diese Vorschrift besagt: „Der Beauftragte muss zu jeder Zeit dem Auftraggeber über den Stand der Verrichtung der aufgetragenen Geschäfte berichten, wenn er ihn dazu auffordert. Wenn der Auftrag beendet ist, muss er dem Auftraggeber ohne Verzögerung über den Verlauf und das Ergebnis berichten“. 1997 wurde das „Gesetz über die medizinische Behandlung“ („Iryoho“ = MBG) reformiert. Seither besagt § 1 c Abs.2 MBG: „Ärzte, Zahnarzte, Apotheker oder sonstige medizinische Behandlungen durchführende Personen müssen sich darum bemühen, eine angemessene Aufklärung zu erstatten und das Verständnis des Behandlungsempfängers zu erlangen“.

In der privatrechtlichen Rechtsprechung seit 2000 mehrten sich die Entscheidungen, in denen die Gerichte eine Verletzung der Aufklärungspflicht klar als Beeinträchtigung des „Selbstbestimmungsrechts“ ansahen[10] und darauf gestützte Schadensersatzansprüche bejahten. In der Rechtsprechung häuften sich die Kriterien für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts in Bezug auf den Bereich

[9] In Japan wird der Behandlungsvertrag nicht wie in Deutschland als „Dienstvertrag“ interpretiert, sondern „Quasi-Auftragsvertrag“. Er ist auch nicht als „Werkvertrag“ ausgelegt, weil die Heilung keine Bedingung der Erfüllung des Vertrages ist.

[10] Urteil des LG Osaka, Zweigstelle Sakai, vom 12. 9. 2001, Hanrei times 1123, 198.; In diesem Fall hat das Gericht die Aufklärungspflichtwidrigkeit insofern bejaht, als der Arzt nicht über die hohe Entstehungswahrscheinlichkeit der Komplikationen wie Handlähmung, als die Operation begleitende Risiken, aufgeklärt hat. Urteil des OG Tokyo vom 31. 5. 1999, Hanrei Jiho 1733, 37; Sonst vgl. Urteil des OG Tokyo 18. 7. 2001, Hanrei Times 1120, 235.

und den Grad der Aufklärungspflichten in den verschiedenen Fallgruppen. Das gilt vor allem für die Entscheidungen nach dem Patientenverwechsel-Fall an der Uniklinik der städtischen Universität Yokohama im Jahre 1999[11] und dem Anmeldungsvernachlässigungsfall in der städtischen Hiroo-Klinik[12]. Durch diese Fälle hat sich das allgemeine Misstrauen gegenüber der Medizin oder den Kliniken zuungunsten der Ärzte auf diese verlagert. Dieses Misstrauen veranlasste Zweifel und schürte eine vermehrte Annahme von Behandlungsfehlern. Auf der anderen Seite hat sich die Auffassung, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten anerkannt werden muss, im Bewusstsein der Bevölkerung ausgebreitet[13].

II. Der Konflikt zwischen der Aufklärungspflicht und dem Behandlungszweck

1. Problemstellung

Wenn man das Verhältnis zwischen der Aufklärungspflicht und dem Behandlungszweck nach den von *Beauchamp/Childress* formulierten „Prinzipien der biomedizinischen Ethik"[14] erklären will, muss der Arzt einerseits seinen Patienten nach dem „Fürsorgeprinzip" (= Wohltunprinzip) behandeln, indem er seine medizinischen Fachkenntnisse und seine praktischen Fähigkeiten zur Heilung des Patienten einsetzt. Daneben muss der Arzt allerdings gemäß dem „Prinzip des Respekts vor der Patientenautonomie" (= Autonomie-Respekt-Prinzip) den Patientenwillen beachten. Nach diesem Prinzip muss der Patient die Behandlung selbst bestimmen[15]. Für die Medizin muss der Grundsatz des Selbstbestimmungsrechts als der oberste Grundsatz gelten. Das „Autonomie-Respekt-Prinzip" könnte zudem auch dem „Prinzip der Schadensvermeidung" widersprechen, wenn der Patient sich für die Verweigerung der Behandlung entscheidet. Diese drei Prinzipien können gegenübergestellt werden.
Um die Konflikte zwischen den Prinzipien in der Biomedizin, – also z. B. zwischen dem Autonomie-Respekt-Prinzip und dem Fürsorgeprinzip –, mit einigen Beispielen noch konkreter zu verdeutlichen, lässt sich die Frage danach stellen, ob der Arzt seiner Aufklärungspflicht auch dann nachkommen muss, wenn die Aufklärung für die Heilung ein Hindernis darstellen würde: Muss ein Arzt z. B. auch

[11] Beschluss des OGH vom 26. 3. 2007, Keishu Bd. 61, H. 2, S. 131.
[12] Urteil des OGH vom 13. 4. 2004, Keishu Bd. 58, H. 4, S. 247. Zu diesen Fällen vgl. *Yamanaka*, Vorläufige Betrachtungen zur strafrechtlichen Haftung bei ärztlichen Behandlungsfehlern in Japan, in: Festschrift für Wolfgang Heinz, 2012, S. 839 f.
[13] Vgl. *Yamanaka*, a.a.O.,Festschrift für Heinz, 2012, S. 837 ff., 841 ff.
[14] Vgl. *Beauchamp/Childress,* Principles of Biomedical Ethics, 5.Aufl., S. 2001 passim.
[15] Dazu vgl. *Yamanaka*, Einleitende Betrachtung zum Medizinstrafrecht (Aufsatz auf japanisch), Hogaku Ronshu Bd. 61, H. 4, S. 49 ff.; *Wiesing*, Vom Nutzen und Nachteil der Prinzipienethik für die Medizin, in: Rauprich/Steger (Hrsg.), Prinzipien in der Biomedizin, 2005, S. 74 ff.

dann den Patienten über sein Krankheitsbild aufklären, wenn dieser dann voraussichtlich aus Glaubensgründen die Behandlung verweigern würde, oder wenn klar ist, dass er eine Alterativbehandlung, die keinen Rückhalt in der „evidenzbasierten Medizin“ (EBM) hat, wünschen würde? Oder auch, muss der Arzt den Patienten über seinen Krebs in der Endphase seines Lebens auch dann aufklären, wenn der Patient den psychischen Schock nicht verkraften würde?

2. Der Vorrang des ärztlichen Ermessens vor dem Selbstbestimmungsrecht

Bevor man sich mit dieser Frage befasst, sollte man sich folgende Tendenz vor Augen führen, die schon seit langem in der japanischen Medizinpraxis vorherrschend ist: Nicht nur die Diagnose, sondern auch die Behandlungsmethode, hängt vom „ärztlichen Ermessen“ ab. Dahinter steckt die allgemeine Vorstellung die Ärzteschaft sei eine berufliche Fachgruppe, die allein die erforderlichen Fachkenntnisse und Fähigkeiten besitzt, weswegen die Patienten auf ihre Behandlungsmethoden vertrauen müssen[16]. Die Ärzte sollen daher bei der Behandlung stets einen Ermessenspielraum haben.

(1) Die Heilbehandlung als ärztliche Berufspflicht

Dieser Ermessensspielraum der Ärzte wurde im „Masernencephalitis-Fall“ vom OG Tokyo aus dem Jahr 1985[17] betont. Über die ärztliche Aufklärungspflicht äußerte sich das OG Tokyo wie folgt: „Vorausgesetzt, dass der Arzt, gestützt auf das ‚Selbstbestimmungsrecht‘, grundsätzlich die Auswahl der Behandlungsmethode überhaupt dem Patienten überlassen sollte, ist es im allgemeinen undenkbar, dass der Arzt deswegen verpflichtet ist, den Patienten über die Krankheit aufzuklären. Denn die Berufspflicht des Arztes, die ihm aufgrund seiner Fachkompetenz aufgebürdet ist, gebietet ihm, die von ihm als richtig empfundene Behandlung nach dem medizinischen Standard zu vollziehen. Wenn er nach dem Patientenwillen behandeln müsste, so müsste er immer die Patientenabsicht feststellen, was zu Verwirrungen und schließlich dazu führen könnte, dass die angemessene Behandlung überhaupt nicht durchgeführt werden kann“[18].

---

[16] *Masaki Katano*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, ärztliche Pflicht und ärztliches Emessen, Hitomi Akiyoshi (Hrsg.) Iryo Sosho S. 225 ff. Dazu und zur Tendenz zum Missvertrauen gegenüber der Medizin in Japan vgl.*Yamanaka,* a. a. O., Festschrift für Heinz (Fn. 12), S. 837 f.

[17] Urteil des OG Tokyo vom 22. 4. 1985, Hanrei Jiho 1159, 86. Der Sachverhalt ist wie folgt: Bei dem Kläger wurden in der Klinik, die die Angeklagten betrieben, Masern diagnostiziert. Der Arzt hat 1 mg „Gamma globulin 150“ verordnet, um seinen Zustand zu verbessern. Sein Zustand hat sich trotzdem verschlechtert. Der Patient wurde von der Uni Klinik in die Klinik A verlegt. Dort wurde von einem Arzt schließlich eine Masernencephalitis diagnostiziert. Beim Patienten blieb eine schwere Lähmung der Beine bestehen. Der Kläger verlangt vom Beklagten Schadensersatz, weil nicht genügend Gamma Globulin 150 verordnet worden ist und der Patient nicht rechtzeitig in eine andere Klinik verlegt wurde.

[18] Vgl. *Katsumasa Hirabayashi/ Yukinori Nishida*, Fall der Mesernencephalitis auf Grund der fehlenden Menge von „Gamma globulin“, Ijiho Hanrei Hyakusen, S. 135.

Hier ist der Grundgedanke erkennbar, dass die ärztliche Behandlung im Wesentlichen Vorrang vor dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten haben soll.

(2) Die Aufklärungspflicht im Rahmen des ärztlichen Ermessens (Urteil des LG Sapporo von 1978)

Schon im Jahr 1978 gab es eine Entscheidung des LG Sapporo, nach der die medizinische Behandlung im freien Ermessen von Ärzten liegen und die ärztliche Aufklärungspflicht nur im Rahmen des ärztlichen Ermessens gelten sollte[19].
(Sachverhalt) Der Angeklagte hat bei dem Patienten M, der über Bauchschmerzen klagte und die angeklagte Klinik besucht hat, eine offene Operation am Bauch vollzogen. Dabei wurden ein Lebergeschwür und eine Blutung entdeckt. Die Klinik hat deshalb empfohlen, ihn in die Uniklinik zu verlegen. In der Uniklinik konnte die Bauchoperation vollzogen und ein Leberhämangiom sowie eine aufgeplatzte Leber festgestellt werden. Der Zustand des M war nach der Operation nicht gut. Er litt an Fieber, Bauchschwellungen und an Schmerzen im operierten Bereich. Er benötigte zudem eine Bluttransfusion. Seine Darmfunktion hat er zunächst zurückerlangt, aber dennoch ist der M im Folgemonat entkräftet gestorben.

Die Kläger behaupteten, M sei durch den Klinikarzt nicht einmal über seinen Krankheitszustand aufgeklärt worden. Vielmehr habe die Klinik die Kläger im Zuge der vorläufigen Verbesserung des Zustandes des M falsch aufgeklärt. Es hieß, M habe jetzt seine Hoffnung zum Leben wiedererlangt. Die Kläger haben behauptet, dadurch habe die Klinik mit ihren Gefühlen gespielt.

(Urteil) „Selbstverständlich ist, dass der Arzt den Patienten oder seinen Betreuer auf, die Behandlungsmethode oder sonstige für die Verbesserung des gesundheitlichen Zustandes notwendige Angelegenheiten hinweisen muss (§ 23 Arztgesetz). Ansonsten ergibt sich die Aufklärungspflicht daraus, dass die für die Beratung erforderlichen Angelegenheiten grundsätzlich aufklärungsbedürftig sind. Darüber hinaus hat er die Pflicht, den gegenwärtigen Zustand und seine Ursachen in ihren Grundzügen zu erläutern und über den Inhalt solcher Maßnahmen aufzuklären, die im Falle ihrer Durchführung, vom Patienten und Betreuer nicht voraussehbare Erfolge erzielen könnten(...)“.

„Auch wenn wenigstens eine Aufklärung über grundlegende Angelegenheiten im oben genannten Bereich notwendig sein wird, könnte es Fälle geben, bei denen die Aufklärung dann unterlassen werden muss, wenn die Aufklärung voraussichtlich eine negative Wirkung auf die medizinische Effektivität der Behandlung haben würde, mit dem Ergebnis, dass dem eigentlichen Sinn des Behandlungsvertrages zuwider gehandelt werden könnte. In diesem Fall muss es auch erlaubt sein, falsche Aufklärung zu leisten, wenn diese einen schlechten Einfluss verhindern kann“.

---

[19] Urteil des LG Sapporo vom 18. 4. 1978, Hanrei Jiho 916, 61.

„Auch eine weitreichendere Aufklärung ist nicht unnötig, auch wenn über Angelegenheiten gesprochen wird, die nicht diesen Bereich betreffen, denn es gibt viele Fälle, in denen die Kenntnis dieser Umstände behandlungsfördernd sein kann, wenn sie dem Patienten oder seinem Betreuer erläutert werden. Aber ob überhaupt aufgeklärt werden muss, sowie auch die Wahl des Aufklärungszeitpunkts, der Inhalt des Gesprächs und die Auswahl des Aufklärungsadressaten, ist als Element der Behandlung stets eine Frage des ärztlichen Ermessens. Deswegen lässt sich auch dann nicht von einer schuldhaften Nichterfüllung sprechen, wenn diese Aufklärung unterlassen wurde".

Das Urteil meint, dass eine ärztliche Aufklärungspflicht nur insoweit anerkannt werden kann, als sie eine Verstärkung des Behandlungseffekts hervorrufen kann. Deswegen sollte nicht aufgeklärt werden, falls dies einen schlechten Einfluss auf die Behandlung ausübt. Denn die Behandlung ist, was der Arzt schuldet. Deswegen gehört die Aufklärung des Patienten zum „ärztlichen Ermessen". In der Entscheidung wird auch ein „schlechter Einfluss" auf „Körper und Psyche des Patienten"[20], neben einem „schlechten Einfluss auf die Behandlung", als Grund für die Beschränkung der Aufklärungspflicht genannt.

(3) Die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts in der Entscheidung

Wie schon erwähnt, tauchte der Gedanke des Selbstbestimmungsrechts in der japanischen Medizin in der zweiten Hälfte der 80er Jahre allmählich in der Justiz auf und hat sich durchgesetzt. In den unteren Instanzen häuften sich die Entscheidungen, in denen das Selbstbestimmungsrecht anerkannt worden ist.

(a) Hämodialyse-Verweigerungsfall (Urteil des LG Kushiro vom 21. 2. 1989) [21]

In diesem Fall haben die Beklagten die Auffassung vertreten, dass ein Arzt auch die Pflicht habe, eine vom Patienten verweigerte Behandlung durchzuführen, wenn das Leben des Patienten in Gefahr ist, auch wenn der Wille zur Behandlungsverweigerung, eindeutig auf dem wahren Willen des Patienten (Kläger) beruht. Die für diese Meinung vorgebrachte Begründung war, dass die Behandlung enorme Fachkenntnisse voraussetzte und nur der Arzt die personelle und sachliche Ausstattung besitzt, um die Behandlung durchzuführen.

Das Gericht hat im Urteil dagegen vertreten, dass „die Behauptung des Klägers den Patientenwillen (Selbstbestimmungsrecht) und die Persönlichkeit des Patienten ignoriert habe. Deswegen sei der Behauptung nicht zuzustimmen".

[20] Vgl. *Yasuo Ishizaki*, Kanja no Jikoketteikenn (Selbstbestimmungsrecht des Patienten), 2008, S. 85 ff.

[21] Urteil des LG Kushiro vom 21. 2. 1989, Hanrei Chihojichi Nr. 71, S. 60.

(b) Urteil des LG Fukui vom 10. 3. 1989[22]

In diesem Fall ging es um die Schadensersatzhaftung eines Arztes, der irrtümlich eine Subarachnoidalblutung (SAB), verursacht durch die Ruptur eines Hirnaneurysmas, als akute Gastroenteritis (Magen-Darm-Entzündung) diagnostiziert hat. Dabei hat die Familie des Patienten dem Arzt vorgeschlagen, er solle eine Operation des Patienten wagen, mit der Vorstellung, sich damit dem Schicksal zu überlassen. Der Arzt führte die Operation dennoch nicht durch und der Patient verstarb. Im Urteil wurde der Vorschlag der Familie nicht als Ausübung des Selbstbestimmungsrechts angesehen, jedenfalls nicht als rechtmäßige Ausübung des Selbstbestimmungsrechts, weil der Vorschlag bedeutet hätte, dass der Arzt eine Operation mit extrem niedriger Erfolgswahrscheinlichkeit hätte wagen müssen, obwohl er sich um eine Behandlung nach seiner Überzeugung bemüht hat.

(c) Urteil des LG Nagoya vom 29. 5. 1989[23]

(Sachverhalt) Der A hat sich von einem Arzt in der angeklagten Klinik beraten lassen. Der Arzt hat einen Verdacht auf Leberkrebs diagnostiziert. Dem A täuschte er vor, es handele sich lediglich um einen Gallenstein, und empfahl eine Operation. A war daher fälschlicherweise der Ansicht, dass eine unmittelbare Operation nicht nötig sei. Dadurch ist die Operation verspätet durchgeführt worden und A ist verstorben.

Die Kläger, die Hinterbliebenen des A, haben von der beklagten Klinik Schadensersatz verlangt, mit der Behauptung, dass die Unterlassung der richtigen Mitteilung des Diagnoseergebnisses durch die Klinik als Nichterfüllung der Schuld des Behandlungsvertrages gelte.

(Urteil) Bei der Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht über die Krankheit liegen die Wahl des Aufklärungsadressaten, der Aufklärungszeitpunkt und -inhalt im Bereich des ärztlichen Ermessens. Sorgfältigkeit, besonders bei unheilbaren oder schwer heilbaren Patienten, ist dabei wünschenswert, um einen psychischen Schock, den der Patienten durch wahrheitsgemäße Aufklärung erleiden kann, zu verhindern. Das Urteil hat den Anspruch abgelehnt.

Im Urteil wurde darauf hingewiesen, dass sorgsame Überlegungen in Bezug auf die Wahl des Ansprechpartners, sowie über Zeitpunkt und Inhalt einer ärztlichen Aufklärung erforderlich sind. Es wurde zudem auf die Möglichkeit einer psychischen Schockreaktion des Patienten und einen eventuellen schlechten Einfluss auf die Behandlung aufmerksam gemacht.

---

[22] Urteil des LG Fukui vom 10. 3. 1989, Hanrei Jiho 1347, 86.

[23] Urteil des LG Nagoya vom 29. 5. 1989, Hanrei Jiho 1325, 103; (Zweite Instanz =) Urteil des OG Nagoya vom 31. 10. 1990, Kominshu 43, 3, 188; (Revisiongericht =) Urteil des OGH vom 25. 4. 1995, Minshu 49, 4, 1163□ Zu diesem Urteil vgl. noch unten Das OG hat betont: Bei der Beurteilung darüber, ob man den Krankheitsnamen oder –zustand bei unheilbaren Krankheiten ankündigen soll, ist die ärztliche Beurteilung eines medizinischen Fachmannes vorzugswürdig, das rationale Ermessen zu respektieren. Das Handeln des Arztes kann keine rechtliche Haftung zur Folge haben. Es hat den Anspruch abgelehnt.

(d) Der Fall der „arteriovenösen Missbildung“ (AVM-Fall) an der Universität von Tokyo[24]

Das Urteil des LG Tokyo im AVM-Fall des Jahres 1992 hat dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten bei der ärztlichen Aufklärung besondere Aufmerksamkeit geschenkt: „Soweit der behandelnde Arzt nicht aufgrund besonders dringender Umstände nicht genügend Zeit hat, hat er, um die Voraussetzungen für eine Entscheidung des Patienten darüber, ob er sich der Behandlung unterziehen möchte, die Pflicht, über die folgenden Angelegenheiten möglichst konkret aufzuklären: den Krankheitszustand, seine Ursache, den Grund für die eingeschlagene Behandlungsweise, den Inhalt der Behandlung, damit verbundene Gefahren und die Genesungsaussicht und eine Entwicklungsprognose mit und ohne Behandlung usw.“ Nach dem Urteil ist es erforderlich, dass der Arzt auch über die Prognose, die z. B. durch den Vergleich der Risiken mit oder ohne die vorgeschlagene Behandlung gestellt wird, hinreichend aufklären muss, um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten substantiell zu gewährleisten.

Die Anerkennung der Aufklärungspflicht durch dieses Urteil hat ihren Grund darin, dass über die Operabilität der arteriovenöse Missbildung (AVM) damals kein ausreichender Konsens bestand. Die Pflichtwidrigkeit bestand darin, dass „der Arzt den Patienten nur abstrakt über die Gefahren bei der Operation und den in der Zukunft zu befürchtenden Krankheitszustand, falls er sich der Operation nicht unterziehen würde, aufgeklärt hat“. Er hat keine konkrete Aufklärung mit einem Gefahrvergleich erstattet.

(4) Die Etablierung des Selbstbestimmungsrechts in der Judikatur

Seit der Jahrhundertwende mehrten sich Entscheidungen[25], in denen Verstöße gegen die ärztliche Aufklärungspflicht erkennbar als Verletzung des Selbstbestimmungsrechts eingestuft worden sind. Darunter ist ein Urteil des LG Tokyo vom 29. 10. 2003[26] hervorzuheben:

(Sachverhalt) Klägerin A hatte sich wegen einer Verengung des Rückenmarkkanals und einer Zwischenbandscheiben-Hernie einer Operation zur Erweiterung des Rückenmarkkanals in der Klinik einer Medizinhochschule unterzogen. Dabei erlitt A eine Verletzung des Rückenmarks, die eine bleibende Störung der Körper- und Gliederfunktionen zur Folge hatte. Die Klägerin A und ihr Ehemann B verlangten daraufhin Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder wegen unerlaubter

[24] Urteil des LG Tokyo vom 31. 8. 1992, Hanrei Jiho 1463, 102. Als Entscheidungsbesprechung vgl. *Shintaro Kato*, Uni Tokyo- AVM-Fall, Ijiho Hanrei Hyakusen S. 128; *Yasushi Tsukamoto*, Uni Tokyo AVM-Fall, Iryokago Hanrei Hyakusen, 2. Aufl., S. 20; *Takuo Kanagawa*, Fall der Aufklärungspflichtwidrigkeit bei AVM, in: *Kanagawa*, Ijiho no Koso (Konzeption des Nedizinrechts), 2006, S. 89 ff.

[25] Urteil des LG Tokyo vom 25. 11. 2002. Vgl. *Fujiyama*, Hanrei nimiru Ishi no Setsumeigimu (Ärztliche Aufklärungspflicht aus der Sicht der Entscheidungen), S. 210 ff.; Urteil des LG Tokyo 29. 10. 2003, LEX/DB (vgl. *Fujiyama,* a.a.O., S. 313 ff.).

[26] Urteil des LG Tokyo vom 29. 10. 2003, LEX/DB

Handlung, mit der Behauptung, die Operation sei nicht lege artis durchgeführt und zudem sei der Aufklärungspflicht vor der Operation nicht nachgekommen worden.

(Urteil) Eine Verletzung der Aufklärungspflicht durch die Ärzte ist zu bejahen, weil die Ärzte die Klägerin A unter anderem nicht hinreichend aufgeklärt hatten. Sie haben einerseits betont, dass die Operation sicher sei, und andererseits die Möglichkeit der bleibenden Folgeschäden nicht erwähnt. Daraus ergibt sich, dass die Ärzte keine hinreichende Aufklärung für die Entscheidung darüber, ob die Operation erforderlich ist, erstattet haben. Das Urteil sagt über die erforderliche „Aufklärung zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechts" der Patientin im Übrigen folgendes:

„Die ärztliche Aufklärung der Patientin war dazu bestimmt, der Patientin eine Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob sie sich der Operation unterziehen sollte. Deswegen muss sie alles beinhalten, was für die Entscheidung durch die Patientin erforderlich ist. Der Inhalt an sich ist nicht durch ärztliches Ermessen zu bestimmen. Ein Ermessen, das dem Arzt gestattet, der Patientin die Möglichkeit einer für sie richtigen Entscheidung zu nehmen, ist dem Arzt nicht einzuräumen".

(5) Die Personalisierung der Medizin und Reichweite der Aufklärungspflicht

Die medizinische Behandlung stellt einen Bereich dar, in dem individuellen Eigenheiten eine besondere Bedeutung zukommt, weshalb Prognosen hier auch sehr schwierig sind. Ferner ist es bei der Behandlung erforderlich, die medizinische Beurteilung im Rahmen der Diagnose und die Auswahl der therapeutischen Methode unter Berücksichtigung von zukünftigen Krankheitszuständen zu treffen. Fallabhängig kann dabei eine blitzschnelle Entscheidung zu treffen sein[27]. Deswegen scheint noch ein gewisser Bereich, in dem die ärztliche Beurteilung respektiert werden muss, übrig geblieben zu sein. Dennoch wird sich die allgemeine Tendenz hin zu einer Personalisierung der Medizin noch weiter entwickeln[28]. Gegenwärtig lässt sich eher sagen, dass der Arzt seinen Ermessensspielraum nur unter Beachtung des Selbstbestimmungsrechts ausüben kann.

Und auch die Frage nach den Kriterien zur Bestimmung von Reichweite und Grad der Aufklärungspflichten ist aus dieser Sicht zu beantworten.

Bezüglich dieser Frage werden bisher vier Meinungen vertreten. Erstens: die Theorie des objektiv-rationalen Arztes: Die Reichweite der Aufklärungspflicht richtet sich nach der allgemeinen Übung unter durchschnittlichen Ärzten. Aufzuklären ist über Informationen, über die ein durchschnittlicher Arzt in der konkreten Situati-

---

[27] *Katano*, a.a.O.(Fn. 16), S. 233.

[28] Als eine neue deutsche Literatur vgl. *Duttge*, Rechtliche Problemfelder einer „Personalisierten Medizin", Wolfgang Niederlag/Heinz U. Lemke/Otto Rienhoff (Hrsg.), Personalisierte Medizin & Informationstechnichnologie, Health Academy 15, 2010, 251 ff.; *Eberbach*, Juristische Aspekte einer individualisierten Medizin, MedR 2011, S. 757 ff.

on aufklären würde.[29] Zweitens: Theorie der objektiv-rationalen Patienten: Nach dieser Theorie muss über alle Informationen aufgeklärt werden, die aus der Sicht eines durchschnittlichen Patienten in der konkreten Lage von diesem als wichtig angesehen werden würden. Drittens: Theorie des konkret betroffenen Patienten: Nach dieser Theorie ist das Kriterium für den Umfang der Aufklärungspflicht, ob die Informationen gerade von dem betroffenen Patienten als wichtig empfunden werden würden. Viertens: Die Theorie des Doppelmaßstabes, die eine Verbindung aus der Theorie des konkret betroffenen Patienten mit der Theorie des rationalen Arztes darstellt.

Weil die Theorie des objektiv-rationalen Arztes davon auszugehen scheint, dass die Behandlung ausschließlich durch den Arzt bestimmt werden sollte und vom Patientenwillen weitgehend unabhängig ist, scheint sie mit der Idee der personalisierten Behandlung in der modernen Gesellschaft nicht vereinbar zu sein. Der OGH lehnt diese Meinung ebenfalls ab[30]. Grundsätzlich scheint mir die Theorie des konkret betroffenen Patienten zustimmungswürdig zu sein, wenn man die Frage aus Sicht einer personalisierten Medizin sieht.

Damit ist selbstverständlich nur eine Grundlage zur Beantwortung der konkreten Fragen danach, wie man den Konflikt zwischen Patientenautonomie und Behandlungszweck lösen kann, geschaffen. Sicher ist, dass das ärztliche Ermessen in der Regel nur innerhalb eines durch die Patientenautonomie vorgegebenen Spielraums ausgeübt werden kann.

III. Behandlungsverweigerung und Aufklärungspflicht

1. Der Transfusionsverweigerungs-Fall in der medizinischen Forschungsklinik an der Universität von Tokyo

Auch wenn in diesem Fall die Unterlassung der Aufklärung bei der ärztlichen Behandlung zum Zweck des Patientenwohls erfolgte, war nach der Rechtsprechung eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts zu bejahen. In dieser zivilrechtlichen Entscheidung[31] ging es um die unzureichende Patientenaufklärung bei

---

[29] Die Meinungen über den Urteil des OGH vom 19. 6. 1981, Hanrei Jiho 1011, 54 sind zweigeteilt: Einerseits er hat die Theorie der rationalen Ärzten (*Satoshi Nakamura*, Ärztliche Aufklärungspflicht und ihr Bereich, in: Yukio Ota (Hrsg.), Shin Saibanho Taikei, 2000, Bd. 1, S. 71), und andererseits die Meinung, nach der die anderen Auslegungen nicht ausgeschlossen sind (*Fujiyama*, a.a.O. (Fn. 25), S. 9.). Vgl. auch Urteil des OGH vom 19. 6. 1981, Hanrei Jiho 1011, 54.

[30] Die Vorinstanz hat die grundsätzliche Theorie entwickelt, nach der es nicht rechtswidrig ist, wenn der Arzt die Aufklärungspflicht nach der Meinung mehrerer Ärzten angemessen erfüllt hat. Das Urteil des OGH hat dieser Theorie der Vorinstanz nicht zugestimmt.□ Urteil des OGH vom 25. 4. 1995, Hanrei jiho 1530, 53 Vgl. auch Urteil des OGH vom 24. 9. 2002, Hanrei Jiho 1803, 28. Vgl. *Fujiyama*, a.a.O.(Fn. 25), S. 9 ff.

[31] Urteil des OGH vom 29. 2. 2000, Minshu 54, 2, 582. Als Entscheidungsbesprechung vgl. *Fumiharu Sawanobori*, Der Fall der Bluttransfusionsverweigerung bei einem Zeugen Jehovas, Nanzan Hogaku

einer Operation einer „Zeugin Jehovas“, bei der sich während der Operation ein Zustand ergab, bei dem eine Bluttransfusion erforderlich wurde. Die Patientin und ihre Angehörigen haben daraufhin von den Ärzten Schadensersatz verlangt. Die Kläger behaupteten, dass die Ärzte ohne hinreichende Aufklärung Blut transfundiert haben.

(1) Sachverhalt

Die 63-jährige Patientin M war gläubige Zeugin Jehovas. Sie hatte sich in ein Krankenhaus aufnehmen lassen, das für die Möglichkeit der Durchführung von Operationen ohne Bluttransfusion bekannt war, nachdem sie schon einmal ein anderes Krankenhaus verlassen hatte, weil sie darüber informiert wurde, dass Operationen ohne Bluttransfusion dort nicht möglich waren. Das beklagte Krankenhaus hatte eine Richtlinie für chirurgische Operationen an Zeugen Jehovas: 1) Die Behandlung soll nicht verweigert werden. 2) Die Verweigerung des Gläubigen, sich einer Bluttransfusion zu unterziehen, soll respektiert werden und eine Bluttransfusion soll möglichst vermieden werden. 3) Wenn der Patient einen Zustand erreicht, bei dem zu seiner Rettung kein anderes Mittel als eine Bluttransfusion zur Verfügung steht, soll die Bluttransfusion unabhängig von einer Einwilligung des Patienten oder Familienmitgliedern durchgeführt werden. Der Arzt U hat die Patientin über diese Richtlinie des Krankenhauses nicht aufgeklärt. Da die Patientin in die Operation eingewilligt hat, hat der Arzt dem Ehemann und dem Sohn der Patientin, die auch gläubige Zeugen Jehovas waren, folgendes mitgeteilt: „Sollte die Blutung wieder auftreten, wird eine erneute Operation notwendig. In diesem Fall werde ich die Patientin nach meinem Gewissen behandeln“. Die Patientin und ihr Mann haben dem Arzt daraufhin eine beurkundete Erklärung überreicht, in der geschrieben stand, dass sie das Krankenhaus nicht für einen Schaden, der aufgrund einer fehlenden Bluttransfusion entstehen könnte, haftbar machen werden. Danach hat der Arzt die Patientin operiert. Der Arzt beurteilte die Lage während der Operation so, dass er die Patientin aufgrund einer starken Blutung nicht hätte retten können, ohne eine Bluttransfusion durchzuführen. Während der Hauptverhandlung in der zweiten Instanz ist die Patientin verstorben.

25, 4, (2002), 153 ff.; *Yoshikazu Nishino*, Bluttransfusionsverweigerung aus religiösen Gründen und eigenmächtige Bluttransfusion, Hanrei Times 955, 97 ff.;*Norio Higuchi,* Das Urteil des OGH bezüglich Zeugen Jehovas, Hogaku Kyoshitsu 239 (2000), 41 ff.; *Takuo Yamada,* Eigenmächtige Bluttransfusion bei aus religiösen Gründen verweigernden Patienten und ärztliche Haftung, Nenpo Ijiho 16 (2001), 291 ff.; *ders.*, Eigenmächtige Bluttransfusion bei verweigernden Patienten und Deliktshaftung, Hogaku Kyoshitsu 202, (1997), 122 ff.; *Isamu Noguchi,* Der Prozess der eigenmächtigen Bluttransfusion bei Zeugen Jehovas und das Prinzip des informed consent, Hogaku Seminar 549, (2000), 107 ff.; *ders.*, Der Prozess der eigenmächtigen Bluttransfusion bei Zeugen Jehovas und das Urteil des OGH, Shukyo Hogaku 20, (2001), 107 ff., *Satoshi Ueki*, ‚Urteilsanalyse, Hanrei Times 1178, 214 ff. Vgl. auch *Kazuyuki Iizuka*, Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und dessen Beurteilung durch die Justiz, Festschrift für Bai, S. 267 ff.; *Yasuo Ishizaki*, Kanja no Ishiketteikenn (Das Selbstentscheidungsrecht des Patienten), 2008, 95 ff.

(2) Die Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz

Das LG Tokyo[32]hat einen Anspruch des Klägers abgelehnt. Der spezielle Vertrag, nach dem der Arzt bei der Patientin auf keinen Fall eine Bluttransfusion hätte durchführen dürfen, auch wenn während der Operation ein bedenklicher Zustand auftritt, sei sittenwidrig und deswegen ungültig. Wenn man die Sache aus der Sicht der ärztlichen Rettungs- und Behandlungspflicht sieht, ist es nicht als rechtswidrig und auch nicht als inadäquat anzusehen, dass die Beklagten die Patientin der Operation unterzogen haben, und man vorspiegelte, dem Willen der Kläger Folge zu leisten. Das gilt auch für den Fall, dass dem Arzt der Wille der Klägerin (der Patientin) bewusst war, dass sie auch dann einer Bluttransfusion nicht zustimmen würde, wenn ein bedenklicher Zustand entstehen würde.

Demgegenüber hat das OG Tokyo[33] eine Pflicht des Krankenhauses zur Zahlung von Schmerzensgeld bejaht. Der Arzt hat demnach die Pflicht gehabt, die Patientin über die Behandlungsrichtlinie aufzuklären, wenn eine „solche Behandlungsrichtlinie bestand, nach der möglichst keine Bluttransfusion durchgeführt werden soll, aber im Falle eines Zustandes, bei dem außer einer Bluttransfusion kein anderes Rettungsmittel existiert, eine Bluttransfusion erlaubt ist“. Das Urteil besagt also, dass der Arzt die Patientin über die Behandlungsrichtlinie hätte aufklären müssen. Wenn der Arzt dann die Patientin ohne Aufklärung operiert und Blut transfundiert, hat er seine Aufklärungspflicht verletzt.

(3) Das Urteil des OGH

Der OGH meint: „Das Recht, sich nach seinem Willen frei zu entscheiden, ist dann als Inhalt des Persönlichkeitsrechts zu respektieren, wenn die Patientin wegen ihres Glaubens einen klaren Willen hat, eine medizinische Behandlung, die mit einer Bluttransfusion verbunden ist, zu verweigern. Unter den Umständen, in denen der Arzt (U) und andere wussten, dass die M einen festen Willen hatte, ihrem Glauben entsprechend in jedem Falle eine Bluttransfusion zu verweigern, und dass sie das Krankenhaus in der Erwartung besuchte, dass sie sich dort der Behandlung ohne Bluttransfusion unterziehen könnte, sollte der Arzt es dem Willen der M überlassen darüber zu entscheiden, ob sie sich trotzdem der Operation durch den Arzt (U) unterziehen möchte, nachdem er die Patientin über die Richtlinie des Krankenhauses aufklärt hat, nach der eine Bluttransfusion dann vollzogen werden soll, wenn keine anderen Rettungsmöglichkeiten vorhanden sind“.

Trotzdem hat der Arzt die Patientin nicht über den Inhalt der Behandlungsrichtlinie und über die Möglichkeit, dass er die Patientin gegebenenfalls einer Blut-

---

[32] Urteil des LG Tokyo vom 12. 3. 1997, Hanrei Times 964, 82. Als Entscheidungsbesprechung vgl. *Takuo Yamada*, a.a.O., Hogaku Kyoshitu 202, (1997), 122 ff.

[33] Urteil des OG vom 9. 2. 1998, Hanrei Jiho 1629, 34. Als Entscheidungsbesprechung vgl. *Akira Ishikawa,* Zeuge Jehovas und Bluttransfusionsverweigerung – aus einer neuen Entscheidung, Sandai Hogaku 32, 2 = 3□ (1998), 27 ff.; *Koki Sugeno*, Eigenmächtige Bluttransfusion bei verweigernden Patienten und ärztliche Haftung, Nenpo Ijiho 14 (1999), 137 ff.

transfusion unterziehen würde, informiert, die Operation vollgezogen und das Blut transfundiert, obwohl er während der etwa einmonatigen Zeit bis zur Operation die Möglichkeit, dass eine Bluttransfusion bei der Operation erforderlich werden könnte, erkannt hat. Damit hat der Arzt in diesem Fall seine Aufklärungspflicht vernachlässigt. Daher kann man zu dem Ergebnis kommen, dass er die M des Rechts, sich nach ihrem Willen frei zu entscheiden, ob sie sich der Operation unterziehen möchte, beraubt hat. Insofern hat er das Persönlichkeitsrecht der Patientin verletzt.

2. Bewertung dieses Urteils

Im Urteil wurde eine unerlaubte Handlung des Arztes bejaht, der nicht über die Behandlungsrichtlinie bezüglich der Bluttransfusion im Notfall aufgeklärt hat. Das Urteil hat diese Aufklärungspflichtwidrigkeit mit einer Verletzung des „Persönlichkeitsrechts“ begründet. Dieses Urteil lässt sich als das erste Urteil begreifen, bei dem Selbstbestimmungsrecht größere Bedeutung beigemessen wurde, als dem ärztlichen Ermessen[34].

Wenn man die Struktur der Urteilsbegründung aus rechtlicher Sicht betrachtet, kam es auf die Gültigkeit des Vertrags, nach dem der Arzt die Operation ohne Bluttransfusion vollziehen sollte, im Rahmen des Urteils des OGH nicht an, so dass es dahinstehen konnte, ob der Vertrag wegen Sittenwidrigkeit als ungültig anzusehen war. Vielmehr bildet die Bluttransfusion, die der Arzt trotz seines Wissens von der Transfusionsverweigerung der Patientin ohne vorherige Aufklärung über die Behandlungsrichtlinie durchgeführt hat, die Aufklärungspflichtwidrigkeit, die als deliktische Handlung einen Anspruch auf die Bezahlung eines Schmerzensgeldes begründet[35]. Was den Betrag zum Ausgleich des psychischen Schadens anbelangt, so hat der OGH der Patientin deswegen nur 550, 000 Yen zugesprochen.[36] Fraglich war auch, ob der Respekt vor dem Patientenwillen nicht nur aus „Glaubensgründen“, sondern auch aufgrund von „Risiken bei der Bluttransfusion“ usw. bestand. Denn die Verweigerung der Bluttransfusion auf Grund des medizinischen Risikos sollte auch respektiert werden[37]. Wenn man den Willen des Patienten als wichtigstes Kriterium ansieht, scheint diese Interpretation zwar folgerichtig zu sein. Aber man kann die Sache auch so sehen, dass die Beurteilung

---

[34] Vgl. *Isamu Noguchi*, a.a.O., Hogaku Seminar 549, 66.

[35] Die erste Instanz hatte die Bluttransfusion in diesem Fall, wo sie dem Zweck diente, das Leben der Patientin zu retten, als sozial gerechtfertigte Handlung und nicht als Unrecht angesehen. Aber der OGH hat eine Aufklarungspflicht anerkannt und der Patientin die Entscheidung darüber überlassen wollen, ob sie operiert werden soll. Was die Kriterien zur Ermittlung der Reichweite der Aufklärungspflicht anbelangt, so wird das Urteil dahingehend interpretiert interpretiert, dass der OGH die Doppelmaßstab-Theorie vertritt, nach der die Kriterien der Theorie vom konkretbetroffenen Patienten und die der Theorie des rationalen Arztes heranzuziehen sind. Vgl. *Noguchi*, a.a.O., Hogaku Seminar 549, S. 66; *ders.*, a.a.O., Shukyoho 20, 121.

[36] Dazu vgl. *Noguchi*, a.a.O., Hogaku Seminar 549, 66; *Higuchi*, Hogaku Kyoshitsu 239, 42 ff.

[37] Vgl. *Yasuo Ishizaki*, a.a.O.(Fn. 20), , S. 106.

des Risikos der Operation dem fachkundigen Arzt überlassen werden sollte. Wenn dem so ist, dann scheint die Unterlassung der Aufklärung nicht unmittelbar eine deliktische Handlung zu sein.

Wenn man den Fall aus strafrechtlicher Sicht sieht, ist es nicht angemessen, die Bluttransfusion als solche als (fahrlässige) Körperverletzung anzusehen. Wenigstens wegen Notstandes[38] wird die Bluttransfusion gerechtfertigt gewesen sein, wenn die Situation eine Lage der „gegenwärtigen Gefahr" (§ 37 Abs. 1 jStGB) für das Leben der Patientin erreicht[39]. Nötigung (§ 223 Abs. 1 jStGB) kommt nicht in Betracht, weil der Arzt keine „Gewalt" gegenüber der Patientin ausgeübt hat. Zudem fehlt es auch am Vorsatz.

IV. Die Mitteilung über die Art der Krankheit und die Aufklärungspflicht

Die Mitteilung der Diagnose und die Möglichkeit eines psychischen Schocks oder eines schlechten Einflusses auf die Behandlung.

Zu der Zeit, als Krebs noch eine unheilbare Krankheit war, war es üblich, dass die Krebsdiagnose dem Patienten nicht mitgeteilt werden durfte. Dies geschah, um psychische Schockreaktionen und einen schlechten Einfluss auf den Patienten zu vermeiden[40]. Mittlerweile hat sich die Anschauung über die medizinische Behandlung in der Gesellschaft verändert. Dem liegt wahrscheinlich eine Veränderung des Menschenbildes in Japan zugrunde. Sprichwortartig gesagt: Vom schwachen Menschen mit unvermeidbarem Schicksal zum Menschen, der gegenüber seinem Schicksal sein Leben selbst bestimmen kann und soll. Der Mensch soll auch an seinem Lebensende über seine eigene Lebensqualität bestimmen können. Demnach muss der Arzt in der Regel den Patienten über seine Krankheit aufklären, auch wenn er schwer oder unheilbar krank ist. Wenn man das Problem aus der Sicht des Selbstbestimmungsrechts betrachtet, sind die aus der Gewährleistung des Selbstbestimmungsrechts folgenden körperlichen oder psychischen Belastungen des Patienten – wie z. B. bei der Mitteilung von Krebs im Endstadium – hin-

[38] Im Urteilsgrund des OG wurde auch Geschäftsführung ohne Auftrag im Notstand geprüft und im Ergebnis verneint. Denn die Bluttransfusion entstand durch die Vernachlässigung der Aufklärung duch die Ärzte. Wenn sie darüber aufgeklärt hätten, hätte die Patientin sich der Operation nicht unterzogen und Blut nicht transfundiert. Wenn man den Fall aus der sgtrafrechtlichen Sicht sieht, so scheint mir zweifel zu sein, dass man den selbstherbeigeführten Notstand anzuerkennen.

[39] *Hitoshi Saeki*, Autonomie und Selbstbestimmung in der Unrechtslehre, Keiho Zasshi Bd. 41, H. 2, 2002, S. 77 ff.; *Kai*, a.a.O., Ijiho heno Tabi, S. 58 ff.

[40] Auch in diesem Urteil wird als Grund für die Unterlassung der Aufklärung des Patienten durch den Arzt „die Befürchtung, dass ein psychischer Schock und ein schlechter Einfluss auf den Patienten die Folge gewesen wäre, wenn der Arzt ihn sofort aufgeklärt hätte".

zunehmen, weil der Patient erst dann die aus seiner Sicht geeignete Behandlung selbst wählen kann, wenn er die ärztliche Diagnose kennt[41].

Vorrang des ärztlichen Ermessens?（Urteil des LG Tokyo aus dem Jahre 1994）

Die Entwicklung des Gedankens des Selbstbestimmungsrechts ist in der japanischen Judikatur nicht allzu schnell und radikal verlaufen:

(1) Die Nichtmitteilung von Krebs und die selbstbestimmte Einwilligung

(a) Urteil des LG Akita vom 1978

Die japanische Zivilrechtsprechung hat schon 1978 eine unerlaubte Handlung im Falle eines Arztes bejaht, der eine Zungenamputation bei einem nicht ärztlich aufgeklärten Patienten mit Zungenkrebs ohne Einwilligung durchgeführt hat. Im dazu ergangenen Urteil wurde eine Mitteilungs- und Aufklärungspflicht bei Krebs grundsätzlich angenommen. In diesem Fall hatte der Arzt zwar über die erforderliche Amputation informiert, aber er hat nicht gesagt, um welche Krankheit es sich handelte. Der Patient hat die Operation zunächst verweigert. Deswegen hat der Arzt ihm mitgeteilt, dass er bloß einen Teil des Geschwürs entfernen würde. Mit Einwilligung des Patienten hat er daraufhin ein Drittel der Zunge amputiert. Das LG Akita hat die Einwilligung als ungültig und die ärztliche Behandlung als rechtswidrige deliktische Handlung angesehen[42]. Im Urteil wurde eine „Einwilligung auf Basis des Selbstbestimmungsrechts“ des Patienten eindeutig als erforderlich erachtet. Bemerkenswert ist, dass das LG Akita in diesem Urteil wie folgt argumentiert hat: „Auch wenn es unangemessen gewesen wäre, wenn der Arzt den Patienten über die Art der Krankheit informiert hätte, sollte es möglich gewesen sein, den Patienten über die Art, den Sinn und die Reichweite des Eingriffs aufzuklären“.

Das klingt, als hielte die Rechtsprechung die Mitteilung über die Art der Erkrankung nicht für notwendig, sofern die fehlende Mitteilung keinen Einfluss auf die ärztliche Behandlung hat.

(b) Das Urteil des LG Tokyo aus dem Jahre 1994 („Mitteilung der Krankheit gegenüber nahen Angehörigen“)

Das LG Tokyo hat sich im Jahre 1994 mit einem Fall von Krebs in fortgeschrittenem Stadium bei einer Patientin beschäftigt. Dabei handelte es sich um einen Fall der Nichtmitteilung der Art der Krankheit gegenüber dem Patienten oder auch gegenüber nahen Verwandten, die als Nichterfüllung einer Aufklärungspflicht angesehen wurde[43]. Der Arzt hat der Patientin gegenüber nicht wahrheitsgemäß

[41] Vgl. *Yasuo Ishizaki*, a.a.O.(Fn. 18), S. 81.
[42] Urteil des LG Akita vom 27. 3. 1973, Hanrei Jiho 718, 98.
[43] Urteil des LG Tokyo vom 30. 3. 1994, Hanrei Jiho 1533, 104.

Krebs, sondern fälschlicherweise ein Magenschwür diagnostiziert. Er hat auch dem Ehemann gegenüber den Krebs nicht erwähnt, um eine Entscheidung für eine Operation wahrscheinlicher zu machen.

Das LG meinte dazu: „Es könnte zwar sein, dass die Patientin durch die Mitteilung über die Art der Erkrankung die Ernsthaftigkeit des Zustandes, und die Erforderlichkeit der Operation erkannt hätte, was auch durchaus einen positiven Behandlungseffekt mit sich bringen kann und der Patientin zudem die Möglichkeit gegeben hätte, selbst über die Art und Weise der sinnvollen Verbringung ihres übrigen Lebens zu entscheiden. Aber in vielen Fällen ist es auch vorhersehbar, dass die Mitteilung zum früheren Tod führen kann und dass die Patientin einen großen psychischen Schock erleidet, was im Ergebnis eine Verhinderung der erfolgreichen Behandlung bewirken kann. Ob die Art der Krankheit mitgeteilt werden sollte, ist deshalb eine Angelegenheit, die sorgfältig beurteilt werden muss. Dabei sind nicht nur die Schwere der Krankheit der Patientin als solche, sondern auch ihre Wünsche, ihre Persönlichkeit, ihre familiären Verhältnisse, das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, die sachliche und personelle Ausstattung des Krankenhauses usw. zu berücksichtigen“. Dabei ist das LG der Meinung, dass die Entscheidung in erster Linie zur Sache des rationalen Ermessens des behandelnden Arztes gehören soll. „Da diese Entscheidung jedoch das weitere Leben des Patienten grundsätzlich bestimmt, ist sie nicht allein durch die willkürliche Beurteilung des Arztes, sondern unter der Berücksichtigung des eigenen Willen der Patientin und der Meinung ihrer Familienmitglieder usw. zu treffen“.

Das bedeutet im Ergebnis folgendes: Zunächst war es rechtmäßig, dass der Arzt der Patientin gegenüber nicht wahrheitsgemäß die Art der Krankheit offenbart hat. Eine solche Pflicht ergab sich nicht aus dem Behandlungsvertrag. Aber der Arzt hat die sich aus dem Behandlungsvertrag ergebende Pflicht, einen nahen Verwandten ,insbesondere ihren Sohn, nicht aber den Ehemann, da dieser seinerseits an einer schweren Herzerkrankung litt, zu informieren, verletzt.

Aus dem Urteil ist die Position des LG in Bezug auf die Aufklärung einer unheilbar kranken Person erkennbar: Erstens gehört die Entscheidung über die Mitteilung einer Krebserkrankung im Endstadium zum ärztlichen Ermessen. Aber zweitens muss der Arzt die Meinung von nahen Verwandten berücksichtigen. Daraus ergibt sich, dass das ärztliche Ermessen im Endeffekt nach Auffassung des LG gegenüber der Aufklärungspflicht vorrangig ist.

(c) Der Fall der Nichtmitteilung von Leberkrebs (Urteil des OGH aus dem Jahr 1995)

Es gibt ein Urteil des OGH, das sich mit einem Fall der Nichtmitteilung von Leberkrebs beschäftigte. In diesem Fall hat der OGH eine Verletzung der Aufklärungspflicht aufgrund der Möglichkeit eines psychischen Schocks und eines schlechten Einflusses auf die Behandlung verneint. Bei diesem Fall kommt noch der Umstand hinzu, dass der Patient von sich aus die Behandlung im Kranken-

haus abgebrochen hat. Infolge dessen hatte der Arzt auch keine Gelegenheit mehr, der Familie über den Zustand zu berichten. Laut dem Urteil stellte es kein schuldhaftes Verhalten des Arztes dar, dass keine Aufklärung erfolgte[44].
(Sachverhalt) Der A hat sich in einer Klinik wegen eines Verdachts auf einen Lebertumor einem Ultraschalltest unterzogen. Es wurde Leberkrebs diagnostiziert. Der Arzt E befürchtete unter Berücksichtigung des Charakters des A und aufgrund der Unkenntnis von seinen familiären Verhältnissen einen psychischen Schock und einen schlechten Einfluss auf die Behandlung durch die Mitteilung der Diagnose. Deswegen hat er sich entschieden, dass er nicht A, sondern seine Familie über die Diagnose informieren wird, nachdem der Zustand des A noch eingehender überprüft wurde.

Dem A gegenüber hat er, ohne den Krebs zu erwähnen, erklärt: „Aufgrund eines Gallensteins ist Ihre Verfassung nicht gut. Eine dringende Operation ist nötig“. Er ordnete eine Einweisung ins Krankenhaus an. Aber A verweigerte dies wegen einer geplanten Reise, seiner Berufstätigkeit und familiären Umständen. Später wurde gegenüber A der Leberkrebs diagnostiziert und er hat sich noch einer entsprechenden Behandlung unterzogen. Dennoch ist er nach etwa einem halbem Jahr verstorben.

(Urteil) Als Erstes begründet das Urteil die Richtigkeit der ärztlichen Maßnahme wie folgt: Da der A erstmalig Patient des Arztes E war, weshalb dieser seinen Charakter nicht kennen konnte und zur damaligen Zeit die Mitteilung einer anderen Diagnose bei Krebs unter Ärzten eine weit verbreitete Praxis war, ist es als notwendige Maßnahme und nicht als irrational zu beurteilen, dass der Arzt unter der Berücksichtigung eines denkbaren psychischen Schocks und eines schlechten Einflusses auf die Behandlung, dem A, ohne Mitteilung des Verdachts auf Krebs, mitteilte, er leide an einem bedenklichen Gallenstein, der eine Operation erforderlich mache, weshalb er sich zur weiteren Untersuchung ins Krankenhaus aufnehmen lassen solle.

Zweitens hat das Urteil über das Erfordernis der Besorgnis darüber, dass der Patient infolge der falsch mitgeteilten Diagnose seine Krankheit nicht als bedenklich betrachten und deshalb möglicherweise nicht an der Behandlung mitwirken könnte, folgendes ausgesagt: Dem Arzt E fehlte es nicht an einer derartigen Besorgnis. Denn der A hatte dem Patienten einen bedenklichen Gallenstein diagnostiziert, der eine Aufnahme ins Krankenhaus erforderlich machen sollte, um eine eingehende Überprüfung zu ermöglichen. Der Patient hatte dazu im Rahmen von zwei ambulanten Beratungen auch eingewilligt. Dennoch hat er daraufhin den Arzt ohne eine weitere Besprechung nicht mehr besucht.

[44] Urteil des OGH vom 25. 4. 1995, Minshu 49, 4, 1163□ Auch in einem deutschen Lehrbuch wird der Fall vorgestellt (*Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht S. 204). Als die Urteile Vorinstanzen dieses Falles vgl. Urteil des LG Tokyo vom 29. 5. 1979, Hanrei Jiho 1325, 123 und Urteil des OG vom 31. 10. 1990, Hanrei Jiho 1373□ 68□

Drittens hat das Urteil darüber, ob der Arzt der Familie die wahre Diagnose hätte mitteilen müssen, folgendes gesagt: Der Arzt dachte sich folgendes: Der Patient hat in eine Aufnahme ins Krankenhaus eingewilligt. Deswegen wollte er im Rahmen seines Besuchs im Krankenhaus mit einem von ihm ausgewählten, geeigneten Familienmitglied sprechen und denjenigen über das Ergebnis der Untersuchung informieren. Aber sein Vorhaben sei wegen des unvorhergesehenen Fernbleibens des Patienten gescheitert. Dies hat der Arzt nicht verschuldet.
Interessant ist bei diesem Urteil, dass es die Mitteilung einer falschen Diagnose bei Krebs damals, um 1983 herum, als allgemein übliche Praxis angesehen hat. Über die Behandlung entschied damals grundsätzlich der behandelnde Arzt. Ob er dem Patienten die richtige Diagnose mitteilen sollte, war eine Frage des ärztlichen Ermessens.

(d) Die ärztliche Aufklärung von Familienmitgliedern

Im Folgenden handelt es sich um den Fall der Ankündigung einer Krebserkrankung im Endstadium[45].

(Sachverhalt) Die Erben des wegen einer Krebserkrankung verstorbenen A haben von dem Arzt Schmerzensgeld verlangt, weil er sie nicht darüber aufgeklärt hat, dass der A an Krebs im Endstadium litt, obwohl der Arzt eine entsprechende Diagnose gestellt hat.

Der Arzt F hat die Erkrankung des A an einem metastatischen Lungentumor als inoperablen Zustand diagnostiziert und eine Lebenserwartung von höchstens einem Jahr vorausgesehen. Auf die Frage nach der Lungenerkrankung durch A bei dessen Untersuchung hat F wie folgt geantwortet: „Die bereits vorhandene Brusterkrankung ist fortgeschritten“. Denn die Mitteilung von „Krebs im Endstadium“ hat er als unangemessen empfunden. F sah es als notwendig an, mit der Familie des A zu sprechen. Da er sich jedoch von der Zuständigkeit für derartige Gespräche im Krankenhaus befreien wollte, hat er im Krankenblatt folgendes eingetragen: „Es ist nötig, die Familie des Patienten irgendwie über dessen Zustand aufzuklären“. F hatte dem A bereits empfohlen, dass er sich einer Endoskopie unterziehen sollte. A ist dieser Empfehlung jedoch aus dem Grunde, dass er mit einer schwerkranken Frau zusammen lebte, nicht nachgekommen. Später wurde bei A auch in einer anderen Uni-Klinik Krebs in der Endphase diagnostiziert. A ist in der anderen Klinik wegen einer Ausbreitung des Krebses auf die Lunge und einer

[45] Urteil des OGH vom 24. 9. 2002, Hanrei Jiho 1803, 28. Als Urteil der ersten Instanz vgl. Dazu Urteil des LG Akita vom 22. 3. 1996, Hanrei Jiho 1595, 123; als Urteil der Instanz = Urteil des OG Sendai vom 9. 3. 1998, Hanrei Jiho 1679, 40. Vgl. *Norio Higuchi*, Die Mitteilung von Krebs gegenüber der Familie, Ijiho Hanrei Hyakusen 120 ff.; *Kazuyuki IIzuka*, NBL 761, (2003), 71 ff.; *Nobuyuki Okabayashi*, Hanrei Hyoron 534, 15 (Hanrei Jiho 1821, 177); *Tomoko Terasawa*, Der Fall, wo die Nichtmitteilung der Diagnose von Krebs in der Endphase gegenüber der Familie als aus dem Behandlungsvertrag abgeleitete Pflichtwidrigkeit des Arztes angesehen wurde, Nenpo Ijiho 18 (2003), 153; *Iizuka*, a.a.O.(Fn. 31), Festschrift für Bai 283 ff.

Lungenentzündung gestorben. Er wurde bis zu seinem Tode nicht über die Diagnose von „Krebs im Endstadium" aufgeklärt.

(Urteil) Obwohl der Arzt F sich leicht mit der Familie des A hätte in Verbindung setzen können, hat er keinerlei Maßnahmen getroffen. Auch die anderen Ärzte in dem Krankenhaus haben trotz des Vermerks des F im Krankenblatt nicht versucht, sich mit der Familie des A in Verbindung zu setzen. Das Verhalten der Ärzte, den Familienmitgliedern den Krankheitszustand des Patienten nicht mitzuteilen, war pflichtwidrig. Der Patient konnte dadurch seinen Lebensrest nicht nach seinen Wünschen gestalten und die Kläger konnten sich nicht darum bemühen, den Rest seines Lebens erfüllt zu gestalten, wie z.B. noch mehr Zeit mit dem A zu verbringen. Die Kläger haben gegenüber dem Revisionskläger (den Ärzten) einen Anspruch auf Schmerzensgeld.

Dieses Urteil ist zwar richtig. Die Ärzte mussten die Krebsdiagnose der Familie irgendwie mitteilen und über den Krankheitszustand des A aufklären. Aber wenn man dieses Urteil gründlich prüft, lässt sich erkennen, dass schon die Nichtmitteilung der Krebsdiagnose gegenüber dem Patienten A ein Fehler war. Die Ankündigung des Krebses im Endstadium gegenüber dem Patienten selbst war hier insofern eine ärztliche Pflicht, als es keine „Sonderumstände" wie den Fall einer besonderen Dringlichkeit bei einer derartigen unheilbaren Gesundheitsstörung gibt. Im konkreten Fall ist lediglich die Notwendigkeit einer Mitteilung gegenüber Familienmitgliedern in Betracht gezogen worden.[46] Aber in diesem Fall gab es außer dem Alter des Patienten keine „Sonderumstände". Die Ankündigung gegenüber der Familie ist nur eine nicht unbedingt notwendige Alternative zur Ankündigung gegenüber dem Patienten selbst.

Aber diese Aufklärungspflicht wurde fahrlässig verletzt[47], weil der Arzt diese Pflicht sorgfaltswidrig vernachlässigt hat.

[46] Nach *Iizuka*, a.a.O., (Fn.31) Festschrift für Bai, S. 283 ff. liegt der Sinn dieses Urteils darin, dass die Nichtmitteilung gegenüber der Familie als eine ärztliche Pflicht und die Überprüfung, ob diese Pflicht besteht, als eine die Behandlung begleitende ärztliche Pflicht angesehen werden kann. Aber es gibt auch eine Ansicht, nach der der Rechtsgrund dieser Pflicht, die Familie über die Art der Krankheit aufzuklären, unklar ist, und dass es in der japanischen Kultur eine Tradition gäbe, nach der bei einer nachträglichen Aufklärung der Familie des Patienten die Pflicht des Arzte erfüllt wird(*Tomoyo Konishi*, Ankündigungspflicht gegenüber dem Patienten selbst (3), Daigakuin Hogaku Kenkyu Ronshu der Meiji Universität Nr. 15, (2001), S. 146.) .

[47] Wenn man nach der strafrechtlichen Verantwortung in diesem Fall fragen würde, so handelte es sich nicht um eine vorsätzliche Tat. Es gibt keinen Kausalzusammenhang zwischen der Aufklärungspflichtsverletzung und dem Erfolg, weil eine erfolgreiche Operation unmöglich war.

V. Die Abwägung zwischen der Aufklärungspflicht und dem ärztlichen Ermessen

1. Der Grundgedanke der Aufklärungspflicht und des ärztlichen Ermessens

Aus der Prüfung der japanischen Entscheidungen in Zivilsachen hat sich ergeben, dass die japanischen Entscheidungen zwar das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in der Medizin als Grundsatz anerkannt haben. Aber dieser Grundsatz entfaltet seine Wirkung nur im Rahmen der Behandlungseffektivität und nur insoweit, als der Respekt vor dem Selbstbestimmungsrecht keinen schlechten Einfluss auf die Behandlung mit sich bringt.

Das Gegengewicht zum Selbstbestimmungsrecht, also der schlechte Einfluss auf die Behandlung, scheint zuerst zu weit und vage zu sein. Das ärztliche Ermessen, das früher allmächtig im Bereich der Medizin war, hat dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten zurückzuweichen, um noch die Patientenrechte zu erhöhen[48]. Das Gegenwicht in der Interessenabwägung sollte aus diesem Standpunkt definiert werden, so dass der Begriff noch klarer und konkreter sein muss. Dazu sind die Kriterien zur Beurteilung je nach den Fallgruppen zu entwickeln.

Erstens soll der Arzt normalerweise den Patienten selbst aufklären, um sein Selbstbestimmungsrecht gewährleisten zu können. Das ist das erste Prinzip. Wenn man Ausnahmefälle wie scheinbar fehlenden Verstand ausnimmt, so verbleiben folgende drei Gründe (Sonderfälle) für einen Wegfall der Aufklärungspflicht, wenn man das Patientenwohl und die Behandlungseffektivität berücksichtigt, nachdem der Arzt sich darum bemüht hat, dem Patienten zum medizinisch richtigen Eingriff auf Grund der Evidence-based-Medicin genügend, geduldig und rational zu überzeugen:

1) Falls die rechtlich gebotene Aufklärung des Patienten voraussichtlich zu einer Lebensgefahr oder gravierenden physischen und psychischen Gesundheitsstörungen führen kann[49].
2) Falls es deutlich vorhersehbar ist, dass die Aufklärung einen gravierenden schlechten Einfluss auf die Behandlungseffektivität mit sich bringen würde, wenn der geplante ärztliche Eingriff nicht so gravierend ist.
3) Falls es eindeutig ist, dass der Patient infolge der Aufklärung die Durchführung einer medizinisch indizierten Behandlung aus „offenbar irrationalen Gründen“ oder aus „offensichtlichen Missverständnissen“ verweigern wird,

[48] Dieses Argument scheint noch in Japan zu gelten, obwohl zum Teil die Patientenrechte überbetont wird. Z. B. das Modewort von sog. „Monstrum Patients“ sie darstellt.(dazu vgl *Yamanaka*, a. a. O., Festschrift für Heinz, S. 839). Mir scheint es, dass das Bestimmungsrecht des Patienten im gegenwärtigen japanischen sozialen Kontext den Vorrang vor der ärztlichen Vollmacht genießen muss.

[49] In Deutschland wird bestritten, ob bloße Störungen der psychischen Befindlichkeit genügen oder es ernste nicht behebbare Gesundheitsschäden bedarf (vgl. *Schöch*, Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen, in: Roxin/Schroth (Hrsg.) Handbuch des Medizinstrafrechst, 4. Aufl., 2010, S. 72.).

solange der geplante medizinische Eingriff gegen Patienten nicht gravierend ist und dadurch für den Patienten gesundheitlich viel erwarten lässt.

Aber diese Fallgruppen scheinen bloß ein Ansatz zur Lösung des Problems zu sein, weil die konkrete Problemlösung nur unter Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht und der Erreichung des Behandlungsziels in den verschiedenen konkreten Einzelfällen denkbar ist.

2. Grundsätzliche Vorzugswürdigkeit des Autonomie-Respekt-Prinzips

Wenn man von diesem Grundsatz ausgeht, so ist es grundsätzlich nicht erlaubt, dass der Arzt aufgrund eines rationalen Ermessens die diagnostizierte Krankheit verschweigt oder eine falsche Diagnose erstellt. Das „Selbstbestimmungsrecht" des Patienten ist vorrangig gegenüber dem Prinzip der Schadensvermeidung und dem Fürsorgeprinzip. Den Ärzten sollte eine „Vernunfthoheit" oder ein „therapeutisches Privileg" nicht zuerkannt werden[50]. Also sollte das erste Prinzip, das bei der Behandlung zu berücksichtigen ist, das Prinzip des Respekts vor der Patientenautonomie sein.

Ich habe einmal den Strafgrund der Teilnahme an einer Selbsttötung in Japan aus soziologischer Sicht mit einer „bürgerlichen Unreife" begründet[51]. Aber man braucht nicht den autonomen Patienten, der seinem Schicksal begegnen kann, der Gelegenheit hat, selbst über sein Leben zu entscheiden, zu berauben. Es ist hier nicht notwendig, ihn als einen schwachen Menschen zu beschützen. Ein Patient mit Krebs im Endstadium kann durch die Mitteilung der Krankheit und Aufklärung die Möglichkeit der alternativen Medizin oder einer neuartigen Immuntherapie in Erwägung ziehen. Er kann auch nur dann eine zweite ärztliche Meinung einholen, weil die Kenntnis von der Krankheit die Voraussetzung für die Suche nach einer zweiten Meinung ist.

Das zweite Prinzip ist das „humanitäre Prinzip" als Ausnahme. Dieses Prinzip besagt, dass eine Pflicht zur Aufklärung entfallen kann, wenn „Ausnahmeumstände" vorhanden sind. Als Ausnahmeumstände gelten 1) der Fall, bei dem durch die Aufklärung eine „konkrete Gefahr für das Leben" entsteht, 2) der Fall bei dem "gravierende Gesundheitsverletzungen", die zu einer konkreten Lebensgefahr führen könnten, drohen, oder 3) der Fall von Maßnahmen zur Schmerzenslinderung bei Patienten, die sich im Sterben befinden[52]. Wenn nur ein psychischer Schock oder ein schlechter Einfluss auf die Behandlung zu befürchten sind, ist dies keine ausreichende Grundlage für den Wegfall der Aufklärungspflicht. Aber 4) entfällt die Aufklärungspflicht auch in Fällen, in denen z. B. eine vorherige eigene Willenserklärung des Patienten (Patientenverfügung) oder eine schriftliche

---

[50] *Ulsenheimer,* a.a.O., S. 133.

[51] Vgl. *Yamanaka*, Die Modelle und Typologie des indirekten Paternalismus im Strafrecht, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 323 ff.

[52] In *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht S. 202 wird eine Anekdote zum „Schimmelreiter" von *Theodor Storm* vorgestellt.

Forderung eines Familienmitglieds, die eine Nichtmitteilung verlangt, vorhanden ist, solange er sich im Zustand befindet, die ärztliche Aufklärung nicht verstehen zu können.

VI. Fazit

Die Entscheidungen, die hier als Referatsgegenstand aufgenommen wurden, beziehen sich fast ausschließlich auf zivilrechtliche Fälle. Was die „Aufklärung zum Zwecke der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts" in Bezug auf Strafsachen anbelangt, so hat die Pflichtwidrigkeit zwei Bedeutungen: Erstens gibt es einen Strafbarkeitsunterschied zwischen Vorsatzdelikten und Fahrlässigkeitsdelikten: Bei der bewussten Verletzung der Aufklärungspflicht gibt es zwei Fallvarianten: Die absichtliche Verletzung der Aufklärungspflicht begründet erstens eine vorsätzliche Körperverletzung, weil der Arzt die Unwirksamkeit der Patienteneinwilligung kannte. Daher ergibt sich in diesen Fällen meist eine Körperverletzung mit Todesfolge. Zweitens lässt sich die unbewusste Verletzung der Aufklärungspflicht als fahrlässige Körperverletzung werten.

Im Gegensatz dazu begründet eine Verletzung der „therapeutischen Aufklärungspflicht" meistens eine fahrlässige Körperverletzung. Es gibt allerdings noch keine entsprechenden Entscheidungen.

Es gibt Entscheidungen in Strafsachen, bei denen es um die objektive Zurechnung zwischen der Tathandlung und dem Todeserfolg geht, der dem Täter zugerechnet werden soll, weil das Opfer als Zeuge Jehovas eine benötigte Bluttransfusion verweigert hatte[53]. Aber es gibt keine strafrechtlichen Fälle, bei denen es um die Verletzung der Aufklärungspflicht im Falle der Verweigerung einer Bluttransfusion aus religiösen Gründen ging.

Was das Verhältnis zwischen dem ärztlichen Ermessen und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten anbelangt, so sollte letzteres grundsätzlich bevorzugt behandelt werden. Aber auch aus der Perspektive einer personalisierten Medizin kann die Strafjustiz nicht die Aufgabe haben, die Willkür der Person zu schützen. Die Selbstbestimmungsfreiheit findet ihre Grenze darin, was von der medizinischen Wissenschaft oder auch in Form von alternativen Behandlungsmethoden anerkannt ist. Denn die Umsetzung des Fürsorgeprinzips durch die Ärzte ist die zweite treibende Kraft in der Medizin zugunsten der Patienten.

[53] Vgl. dazu *Yamanaka*, Die Lehre von der objektiven Zurechnung im Strafrecht, 1997, S. 721 ff.; *ders.*, Einwilligung des Patienten zum medizinischen Eingriff, Hogaku Ronshu Bd. 61, H. 5 (2012), S. 83 ff. Vgl. auch meinen deutschsprachigen Aufsatz über die objektiven Zurechnung (*Yamanaka*, Lehre von der objektiven Zurechnung in der japanischen Strafrechtswissenschaft, in: Loos/Jehle (Hrsg.), Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart, 2007, S. 72.

Begrenzung der ärztlichen Aufklärung aus therapeutischen Gründen?

Renaissance eines alten Themas im neuen Patientenrechtegesetz

Gunnar Duttge

I. „Die rechten Worte finden…“

Das „Kernstück einer kunstgerecht am Krankenbett ausgeübten Medizin“ besteht in der „Kunst des Zuhörens“ und der „Anteilnahme am Patienten“. Allein schon die sorgfältige Erhebung der Krankengeschichte hat häufig für sich etwas Heilendes: „Worte sind das mächtigste Werkzeug, über das ein Arzt verfügt“ – und „nur wenige Heilmittel sind mächtiger als ein sorgsam gewähltes Wort. (…) Wie oft ist ein einfaches, harmloses Wort eine Quelle der Ermutigung und Hoffnung. (…) Worte können allerdings – wie ein zweischneidiges Schwert – auch verletzen…“[1]. Mit diesem eindringlichen Plädoyer für die überragende Bedeutung einer „spre-

[1] *Lown*, Die verlorene Kunst des Heilens. Anleitung zum Umdenken, 11. Aufl. 2012 (engl. Originalausgabe 1996), S. 17, 30, 87, 106.

chenden Medizin“ hat der berühmte Kardiologe an der Harvard Medical School und Friedensnobelpreisträger *Bernard Lown* in seinem Buch zur „verlorenen Kunst des Heilens“ weltweit Aufsehen erregt. Die gemeinsame therapeutische Aufgabe mit Ermutigung und Optimismus zu beginnen, ohne dabei die Realität zu verleugnen oder gar zu verfälschen – dies ist seine zentrale Empfehlung, weil Optimismus nicht nur subjektive Empfindung ist, sondern „einen objektiven Faktor dar[stellt], der für die Freisetzung gesundheitsfördernder Energien unerlässlich ist“. Pessimismus hingegen „zerrt am sozialen Netzwerk und trägt zur Entfremdung bei“, weil er den Patienten daran hindert, sich nach außen zu öffnen[2] – mit u.U. fatalen Folgen nicht zuletzt auch für den erhofften Heilungserfolg.

Offenbar ist diese „Kunst“ aber in den letzten Jahrzehnten einer zunehmend hochtechnisierten und auf wissenschaftliche „Evidenz“[3] fixierten Medizin immer mehr verlorengegangen. Der Freiburger Medizinethiker *Giovanni Maio* sieht die moderne Medizin gar in einer „Identitätskrise“, weil sie „sprachlos“ sich in Technik flüchtet, wo das vertrauensvolle Gespräch viel heilsamer wäre.[4] *Lown* erkennt einen wesentlichen Grund hierfür bemerkenswerterweise in der Angst der Ärzte vor rechtlichen Konsequenzen: „Die Angst vor Strafverfolgung … leiste[t] Tests und invasiven Maßnahmen Vorschub. Die Logik, die sich dahinter verbirgt, ist: Wenn alle diagnostischen Optionen ausgeschöpft wurden, können Anzeigen wegen Nachlässigkeit vor Gericht leicht widerlegt werden. Diese Art einer defensiven Medizin ist der Grund dafür, dass auch nur geringfügigen Problemen mit einer ganzen Reihe von Untersuchungen zu Leibe gerückt wird.“[5] Und diese Logik ist zugleich prägend dafür, dass „Ärzte sich durch die Rechtslage genötigt fühlen, den Patienten schonungslos aufzuklären“: „Sie sehen sich Fremden gegenüber, die unter Umständen Prozesse wegen Fehlverhaltens des Arztes anstrengen. Viele Ärzte sind deshalb davon überzeugt, dass sie später nicht zur Rechenschaft gezogen werden können, wenn sie den Patienten auf das schlimmste Szenario vorbereitet haben“[6].

In der Tat wird eine umfängliche ärztliche Aufklärung des Patienten zwecks Ermöglichung eines „informed consent“[7] zivil- wie strafrechtlich erwartet. Schließlich kann sich der einzelne Patient nur dann selbstbestimmt bzw. „autonom“ (autos nomos = sich selbst Gesetze gebend) für oder gegen einen beabsichtigten Heileingriff entscheiden und hierdurch zum (nominell) gleichberechtigten

---

[2] *Lown* (Fn 1), S. 118.
[3] Kritisch zum Begriff der „Evidenzbasierung“ *Strech* Ethik in der Medizin 2008, 274 ff.; zu den Gefahren der evidence-based medicine näher *Wiesing*, Wer heilt, hat Recht?, 2004, S. 63 ff.
[4] *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2012, S. 391 ff. sowie in: Duttge/Zimmermann-Acklin (Hrsg.), Gerecht Sorgen. Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende, 2013, S. 169, 175 f.
[5] *Lown* (Fn 1), S. 177.
[6] *Lown* (Fn 1), S. 101.
[7] Aus medizinrechtlicher Sicht im Überblick *Duttge*, in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie. Handbuch, 2013, S. 77 f.

Teilhaber am Geschehen mutieren, wenn er über seine Erkrankungssituation und die möglichen therapeutischen Optionen mitsamt deren jeweiligen Erfolgsaussichten und Risiken/Belastungen hinreichend informiert ist. Dieser ärztlichen Aufklärungspflicht, die gerade die „Mündigkeit" und „Eigenverantwortlichkeit" des Patienten als mitbestimmende Instanz sicherstellen will, ist jedoch ein Momentum inhärent, das diese Zielsetzung in der klinischen Praxis untergraben kann: Eine drastische Aufklärung über die evtl. Folgen einer Nichtbehandlung, ggf. unterstrichen durch eine furchteinflösende Sprache, hilft, den Patienten willfährig zu machen. Noch einmal in den Worten *Lowns*: „Nichts wirkt besser, als versteckt anzudeuten, dass das Wohlbefinden und Überleben des Patienten von den Ergebnissen der vorgeschlagenen Untersuchungen … abhänge. Selbst der intelligenteste und skeptischste Patient fügt sich nur allzu bereitwillig einem derartig überzeugenden Argument. (…) Während sich Patienten über die Zurückhaltung eines Arztes beklagen, gilt eine gefühllose und angsteinflösende Sprache … als unumgänglicher Preis, den man für eine wissenschaftliche Medizin zu zahlen hat"[8].

Mehr Wissen bedeutet also keineswegs per se ein Mehr an Macht, d.h. an Selbstbestimmung,[9] anders als das Credo der modernen Aufklärung verheißt; sonst wäre die Anerkennung eines „Rechts auf Nichtwissen"[10] bzw. treffender auf Informationsverzicht (i.S.e. „nicht-informiert-werden-wollens"[11], z.B. im Kontext genetischer Untersuchungen, vgl. § 9 II Nr. 5 GenDG) ganz und gar unverständlich. Neuerdings ist in der klinischen Medizin vermehrt vom sog. „Nocebo-Effekt" die Rede, wonach also – im Sinne eines Gegenstücks zum weit bekannteren Placebo-Effekt – negative Informationen ebenso wie eine negative Grundeinstellung des Patienten nicht selten schädliche somatische Wirkungen verursachen können. Der US-amerikanische Mediziner und Bestsellerautor *Clifton K. Meador* fasste seine klinische Erfahrung in die erschreckende Einsicht zusammen: „Manche Menschen sterben nicht an Krebs, sondern daran, dass sie glauben, an Krebs zu sterben"[12]; die Rede ist auch von einem „Tod durch Hoffnungslosigkeit und negative Erwartungen"[13]. Und in der Tat sind die Berichte inzwischen zahlreich, wie sehr die ärztliche Kommunikation missglücken kann, indem sie den hilfesuchenden Patienten (nicht selten durch Fachjargons) verunsichert („wir haben Metastasen gesucht – der Befund war negativ"; „jetzt schläfern wir Sie ein" [Narkosebeginn], „wir machen Sie jetzt fertig" [OP-Vorbereitung]), negative Suggestio-

---

[8] *Lown* (Fn 1), S. 104 f.; eindrucksvoll auch der Erfahrungsbericht von *Engert*, in: Feuerstein/Kuhlmann (Hrsg.), Neopaternalistische Medizin. Der Mythos der Selbstbestimmung im Arzt-Patienten-Verhältnis, 1999, S. 27 ff.: „Ich gehe mal eben noch zwei Einwilligungen machen…".

[9] Die *Bacon*sche Formulierung in seinem Novum Organum (1620) lautet bekanntlich: „Scientia et potentia humana in idem coincidunt, quia ignoratio causae destituit effectum".

[10] Im Überblick zuletzt *Duttge*, in: Duttge/Lee (Hrsg.), The Law in the Information and Risk Society (Göttinger Juristische Schriften, Bd. 10), 2011, S. 41 ff.

[11] *Taupitz*, in: Wiese-FS 1998, S. 583, 592.

[12] Zit. nach *Bartens*, in: SZ v. 12.7.2012 (online: http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/nocebo-effekt-wenn-der-arzt-mit-worten-toetet-1.1410542).

[13] *Bartens* (Fn 12).

nen weckt („Sie sind ein Risikopatient", „das tut immer höllisch weh," „Sie sollten nichts Schweres heben, nicht dass Sie noch gelähmt sind") oder seine Aufmerksamkeit unnötig – ggf. durch Verniedlichung noch verstärkt – auf mögliche Nebenwirkungen lenkt („Rühren Sie sich, wenn Sie Schmerzen haben", „Sie brauchen jetzt keine Angst zu haben")[14]. Hierin zeigt sich in aller Deutlichkeit ein fundamentales Dilemma der ärztlichen Aufklärung: Sie ist dem hehren Prinzip der „Patientenautonomie" verpflichtet, die durch Informationsgabe ein „mündiges" Subjekt als kompetentes Gegenüber zum Behandler schaffen will; eben dieser Inthronisierung des Patienten zu einem Mitentscheider ist aber offenbar die Gefahr einer Schädigung immanent, d.h. eines Verstoßes gegen das nicht minder bedeutsame Prinzip der ärztlichen Fürsorge („beneficence", „non-maleficence"). In diesem Lichte scheint es ein Resultat der Lebensklugheit zu sein, manchmal besser zu schweigen: Ist aber das bewusste Vorenthalten von gesundheits- und damit letztlich für die Lebensplanung des Patienten relevanten Informationen zur Vermeidung einer gerade dadurch bewirkten Schadenszufügung überhaupt rechtlich erlaubt und medizinethisch akzeptierbar?

II. Grundprinzip der informierten Selbstbestimmung

Die Arzt-Patienten-Beziehung ist strukturell durch eine signifikante Asymmetrie der Machtverhältnisse geprägt: auf der einen Seite die exklusiven Inhaber von Expertenwissen und Beherrscher der organisatorischen Abläufe, auf der anderen Seite der leidende und hilfesuchende Patient, der sich unausweichlich als „Handlungsobjekt" der ärztlichen Fürsorge überantworten muss.[15] In der hippokratischen Tradition ist es daher allein der Arzt gewesen, der dazu berufen war, auf die Ursituation von Not und Leid eine (objektiv) „vernünftige" Antwort zu geben. Dieser vom Leitgedanken der Fürsorge gespeiste Ethos des Arztes ist eben deshalb im Kern paternalistisch, weil er zu wissen für sich reklamiert, was für den Patienten das jeweils Beste ist: „Im paternalistischen Modell, manchmal auch das Eltern- oder Priestermodell genannt, handelt der Arzt als Vormund des Patienten, indem er bestimmt und durchführt, was für den Patienten am besten ist"[16]. Der charakteristische Ausruf des Paternalisten lautet: „Tue das nicht, das ist nicht gut für Dich!"[17] Die Grundproblematik dieses Fürsorgeethos besteht einerseits in der Schwierigkeit, wirklich wissen zu können, was auch für den individuellen Patienten das Beste ist, und andererseits in der Gefahr der Subjektvergessenheit: „Man

---

[14] Beispiele nach *Bartens* (Fn 12).
[15] Dazu eingehend *Woopen*, in: Katzenmeier/Bergdolt (Hrsg.), Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 2009, S. 181 ff.
[16] *Emanuel/Emanuel*, Four Models of the Physician-Patient Relationship, in: Journal of the American Medical Association 267 (1992), 2221 ff.; zu den Formen des ärztlichen Paternalismus vgl. *Maio* (Fn 4), S. 156 ff.
[17] *Harris*, Der Wert des Lebens, 1995, S. 269.

vergisst, es mit einem kranken Mit-Menschen und nicht mit einem Behandlungsobjekt zu tun zu haben; die Grenze zwischen echter Fürsorge und (unbewusster) Manipulation ist nicht leicht einzuhalten, und die Spannung zwischen Heilauftrag und Eigeninteresse (z.B. Forschungsinteresse) kann leicht zugunsten des letzteren abgebaut werden“[18].

Deshalb legen Medizinrecht und -ethik liberal verfasster Gesellschaften größten Wert darauf, den Patienten normativ wie faktisch zu einem gleichberechtigten Kontrapart „aufzurüsten“: Denn zum einen haben sich im Zuge der Modernisierung der Gesellschaften die patriarchalischen Strukturen aufgelöst und infolgedessen die Lebensentwürfe und Wertvorstellungen der Menschen individualisiert, so dass Fürsorge nahtlos in respektlose Bevormundung oder gar Entmündigung übergehen kann. Ist doch dem Paternalismus eigen, das Objekt seiner Fürsorge de facto für inkompetent zu erklären: „Paternalisten verweigern der Person die Möglichkeit, über ihr eigenes Leben und Schicksal selbst zu verfügen, und behandeln sie, als habe sie nicht die Kompetenz, ihr Leben nach ihren Wünschen zu lenken“[19]. Zum anderen hat insbesondere die Entwicklung der modernen Intensivmedizin gezeigt, dass das technisch Machbare nicht immer dem Wohl des Patienten dient – und daher das ärztliche Wirken und Streben einer externen Schrankenziehung bedarf, wo eine Selbstbegrenzung nicht stattfindet. Zentraler Aspekt des Grundprinzips der „Patientenautonomie“ ist daher die Betonung der individuellen Handlungs- und Entscheidungsbefugnis, auch gegen die „ärztliche Vernunft“ und selbst zur Abwehr einer vital indizierten Behandlung: „Personen haben ein grundsätzliches Recht, von anderen unbehelligt zu bleiben; dieses Recht bildet den innersten Kern der säkularen Moral …: Da die säkulare Moral über keine allgemeinverbindliche und gehaltvolle Vorstellung des Guten … verfügt, stellt das Prinzip der individuellen Freiheit die wichtigste Quelle moralischer Verpflichtung dar“[20].

Ganz in diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof in Strafsachen schon im Jahr 1957 entschieden, dass sich „niemand … zum Richter in der Frage aufwerfen [darf], unter welchen Umständen ein anderer vernünftigerweise bereit sein sollte, seine körperliche Unversehrtheit zu opfern, um dadurch [evtl.] wieder gesund zu werden“: „Zwar ist es das vornehmste Recht und die wesentlichste Pflicht des Arztes, den kranken Menschen nach Möglichkeit von seinem Leiden zu heilen; dieses Recht und diese Pflicht finden aber in dem (…) freien Selbstbestimmungsrechts des Menschen über seinen Körper ihre Grenze…“[21]. Dieses Recht bildet den Kern der würdebegründenden Subjektstellung eines Menschen als „Person“ einschließlich des hieraus resultierenden Achtungsanspruchs, der auch nicht dadurch verlorengeht, dass der Patient zur Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts ggf. nur noch eingeschränkt oder gar nicht mehr imstande ist. Denn wie das

[18] *Pöltner*, Grundkurs Medizin-Ethik, 2002, S. 92.
[19] *Harris* (Fn 17), S. 269.
[20] *Engelhardt*, The Foundations of Bioethics, 2. Aufl. 1996, S. 288 (übersetzt von A. Kitidis und M. Bormuth).
[21] BGHSt 11, 111, 114.

Bundesverfassungsgericht hervorgehoben hat, schützt das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG „die körperliche Unversehrtheit des Menschen nicht lediglich nach Maßgabe seines konkreten Gesundheits- oder Krankheitszustandes; es gewährleistet zuvörderst Freiheitsschutz im Bereich der leiblich-seelischen Integrität des Menschen (…). Auch der Kranke oder Versehrte hat das volle Selbstbestimmungsrecht über seine leiblich-seelische Integrität“[22]. Denn es käme geradezu einer Diskriminierung von Erkrankten und Hilflosen gleich, wenn das ihnen überantwortete Selbstbestimmungsrecht nach Maß ihrer Erkrankung mehr verkürzt und an die Stelle ihrer „ureigensten Maßstäbe“[23] das Phantom eines „vernünftigen Patienten“ gesetzt werden dürfte. Ein evtl. Behandlungsveto des Patienten bildet daher die unübersteigbare Grenze der ärztlichen Fürsorge selbst bei vitaler Indikation; der dann absehbar eintretende Tod liegt nicht mehr in der Verantwortungssphäre des behandelnden Arzt, sondern allein in der Verantwortung des Patienten:[24] Und dieser „ist von Verfassungs wegen allenfalls sich selbst, nicht aber dritten Personen und deren Maßstäben Rechenschaft schuldig“[25].

Eine „autonome“ Inanspruchnahme der „Patientenautonomie“ erfordert jedoch mehr, als einem therapeutischen Vorschlag des Arztes nachzugeben; vielmehr bedarf es einer „Autorisierung“ durch den Patienten dergestalt, dass dieser die avisierte Therapieentscheidung *eigenverantwortlich* mittragen kann: „Eine Person gibt ihr informiertes Einverständnis … nur dann, wenn sie aufgrund eines umfassenden Verständnisses und frei von äußerem Zwang den Auftrag zu einer medizinischen Maßnahme erteilt“[26]. Um also von einer wahrhaft selbstbestimmten Entscheidung des Patienten sprechen zu können, muss diese nicht nur frei von Täuschung und Zwang, sondern Ergebnis einer eigenständigen Reflexion auf der Basis umfassender Informationen sein:[27] „Freie Zustimmung setzt das entsprechende Wissen um die eigene Situation voraus“[28]. Von hier aus erklärt sich somit der Anspruch auf eine verlässliche Aufklärung und damit korrespondierend die dahingehende Verpflichtung des behandelnden Arztes – in den Worten des britischen Medizinethikers *John Harris*: „Soll jeder Mensch frei und auf seine eigene Weise die Dinge verfolgen können, die seinem Leben Wert oder Sinn verleihen, so besitzt jeder das denkbar stärkste Anrecht auf diejenigen Informationen über die eigene Person, die ihm seiner Einschätzung nach dabei am ehesten hilfreich

[22] BVerfGE 52, 171, 173 f.
[23] Wie Fn 22.
[24] Zur geteilten Verantwortung innerhalb der „therapeutischen Partnerschaft“ statt vieler nur *Duttge*, in: Eckart/Forst/Briegel (Hrsg.), Intensivmedizin. Loseblattsammlung, 39. Erg.Lfg. 2010, Kap. XIV – 13, S. 2.
[25] BVerfGE 52, 171, 178.
[26] *Beauchamp/Faden*, in: dies. (Hrsg.), Encyclopedia of Bioethics, 1995, S. 1238 ff.
[27] Medizinethisch wird für eine „autonome“ Entscheidung meist verlangt: 1. Urteilsfähigkeit, 2. Verstehen (Aufgeklärtheit), 3. Freiwilligkeit und ggf. – freilich umstritten – 4. Wohlüberlegtheit (Authentizität), siehe dazu etwa *Maio* (Fn 4), S. 145 ff.
[28] *Pöltner* (Fn 18), S. 99.

sind"[29]. Ziel ist dabei nicht etwa, dem Patienten von vornherein nur zu einer aus ärztlicher Sicht „vernünftigen" Entscheidung zu verhelfen;[30] dies würde das Selbstbestimmungsrecht des Patienten letztlich der ärztlichen Autorität ausliefern und verkennen, dass jeder Eigenverantwortung auch ein „Recht auf Unvernunft", d.h. im hiesigen Kontext eine „Freiheit zur Krankheit"[31] immanent ist. Das informationelle „Empowerment" des Patienten soll diesem vielmehr die Möglichkeit zu einer nach seinen höchstpersönlichen Wertvorstellungen „rationalen" Entscheidung eröffnen; wenn diese von der ärztlichen Vernunft abweicht, so muss dies aus ärztlicher Sicht grundsätzlich[32] respektiert werden.

Die ärztliche Aufklärungspflicht umfasst erstens die Erteilung notwendiger Hinweise, wie der Patient den weiteren Heilungserfolg unterstützt und nicht vereitelt (compliance). Diese sog. Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung ist notwendiger Bestandteil einer kunstgerechten ärztlichen Behandlung, ihre Nichterfüllung stellt einen Behandlungsfehler dar.[33] Zweitens ist bei erkennbarer Relevanz für den jeweiligen Patienten auch über die wirtschaftlichen Folgen einer Behandlung zu informieren,[34] was in einer Zeit zunehmender Ausdünnung des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung an Bedeutung gewinnt: Dieser Aspekt kann durchaus die Entscheidung des Patienten beeinflussen, wenn etwa die schonendste Behandlungsmethode nicht von der Krankenkasse übernommen wird.[35] Drittens schließlich bezweckt die ärztliche Aufklärung vor allem eine hinreichende Information des Patienten über „Wesen, Bedeutung und Tragweite"[36] der in Aussicht genommenen Intervention bzw. – in der umständlichen Diktion des neuen Patientenrechtegesetzes – über „Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie" (§ 630e Abs. 1 S. 2 BGB n.F.), und zwar im Vergleich zu den ernstlich in Betracht kommenden Alternativen[37] (sog. Selbstbestimmungsaufklärung, unterteilt in Risi-

[29] *Harris* (Fn 17), S. 288 f.
[30] So aber die „Empfehlungen zur Patientenaufklärung" der *Bundesärztekammer*, in: DÄBl. 87 (1990), B-940 ff. (Ziff. 4).
[31] So ausdrücklich BVerfG NJW 2011, 2113, 2115 im Kontext der (nur noch begrenzten Zulässigkeit) ärztlicher Zwangsmaßnahmen im Maßregelvollzug; zuvor bereits BVerfGE 58, 208, 224 ff.; NJW 1998, 1774, 1775.
[32] Solange der behandelnde Arzt nicht zu einer Maßnahme genötigt wird, die den Rahmen ärztlicher Professionalität überschreitet: Auf ein fehlerhaftes ärztliches Tun hat der Patient selbstredend keinen Anspruch.
[33] Statt vieler etwa *Katzenmeier*, in: Wiesemann/Simon (Fn 7), S. 90, 93; *Laufs*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 58 Rn 1; siehe auch § 630c Abs. 2 S. 1 BGB i.d.F. des Patientenrechtegesetzes vom 20.02.2013 (BGBl. I, 277).
[34] Vgl. OLG Stuttgart VersR 2003, 462 und 992; OLG Köln VersR 2005, 1589 sowie § 630c Abs. 3 BGB (n.F.).
[35] Beispiel nach *Katzenmeier*, in: Wiesemann/Simon (Fn 7), S. 90, 94.
[36] BGH NStZ 1981, 351.
[37] Dazu etwa BGH NJW 1989, 1538; 1992, 2353; 2000, 766; 2004, 3703; OLG Köln VersR 2006, 124.

ko-, Diagnose- und Verlaufsaufklärung); mit der Beachtung der hier gestellten Anforderungen steht und fällt die Wirksamkeit der erteilten Einwilligung. Unsicher ist dabei jedoch der geforderte Umfang der Patientenaufklärung: Die höchstrichterliche Judikatur hat einerseits beschwichtigend betont, dass der Patient nicht alle Details erfahren, sondern lediglich „im Großen und Ganzen" wissen müsse, worin er einwillige.[38] Andererseits erhöht sich das Maß an geschuldeter Aufklärung, wenn hohe Risiken eingegangen werden, wobei nach ständiger Rechtsprechung selbst über sehr „seltene Risiken" informiert werden muss, „wo sie, wenn sie sich verwirklichen, die Lebensführung schwer belasten und trotz ihrer Seltenheit für den Eingriff spezifisch, für den Laien überraschend sind"[39]. Dabei hat es der BGH stets abgelehnt, sich auf ein bestimmtes Zahlenverhältnis festzulegen, so dass selbst „extrem seltene Risiken", die im Promillebereich liegen, nicht ausgespart bleiben dürfen[40] und es letztlich überhaupt „keine allgemeine Grenzlinie [gibt], jenseits derer die Aufklärungspflicht über [sog. eingriffsspezifische] Risiken entfiele"[41].

Weitere Besonderheiten gelten etwa, wenn die Maßnahme nicht dringlich, d.h. nur relativ indiziert oder als Neuland- oder Außenseitermethode[42] anzusehen ist. Strenge Maßstäbe gelten ebenfalls bei sog. diagnostischen Eingriffen (ohne therapeutischen Eigenwert), weil die hierdurch erhofften Vorteile verglichen mit den zugemuteten Eingriffsrisiken als meist weniger gewichtig gelten.[43] Umgekehrt ist die Aufklärungspflicht auch bei sog. „Routineeingriffen" entgegen landläufiger ärztlicher Meinung nicht etwa suspendiert, sondern allenfalls in ihrer Intensität reduziert.[44] Im Bestreben nach Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit finden sich in der höchstrichterlichen Spruchpraxis noch eine Reihe weiterer Differenzierungen, die das hohe Gut der Rechtssicherheit weitgehend auflösen: Wenn jeweils eine dem individuellen Patienten „maßgeschneiderte" Aufklärung geschuldet ist,[45] kann kein Arzt mehr sicher sein, ob er der ihm auferlegte Pflicht jemals genügt.[46] Hinzu kommt jedoch der die Sinnhaftigkeit der Rechtslage nicht minder fundamental in Frage stellende Umstand, dass die klinische Praxis das Ausmaß an ge-

---

[38] BGHZ 90, 103, 105 f.; 102, 17, 23; 144, 1, 7; 166, 336, 339.

[39] BGH NJW 1984, 1395; 1990, 1528; BGHZ 126, 386; 166, 336, 343.

[40] Vgl. BGH NJW 1980, 633, 634; 1996, 330, 331; OLG Düsseldorf NJW 1989, 2334; OLG Koblenz NJW 1999, 3419; MedR 2004, 501; OLG Köln VersR 2008, 1072. – Anders soll es dagegen für solche Risiken, die derart außergewöhnlich und unvorhersehbar sind, dass sie für den Einschluss von Patienten keine Bedeutung haben, s. dazu BGH NJW 1991, 2346; OLG Düsseldorf VersR 1991, 1230; OLG Hamm MedR 2006, 215, 217.

[41] *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap V Rn 23.

[42] Dazu zuletzt BGH NJW 2006, 2477, 2478 f. (Robodoc) m. Anm. *Katzenmeier*, NJW 2006, 2738 ff.; BGH NJW 2007, 2774, 2775 (Racz) m. Anm. *Spickhoff*, MedR 2008, 89 f.

[43] *Laufs* (Fn 33), § 60 Rn 8 f.

[44] Z.B. LG Bonn VersR 1989, 811. – Zur Frage einer evtl. Delegierbarkeit auf nichtärztliches Personal siehe *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 284; *Wagner*, VersR 2012, 789, 793.

[45] *Giesen*, in: Skapski-FS 1994, S. 45, 61.

[46] Dazu eindringlich *Borgemann*, NJW 2010, 3190 ff.; in diesem Sinne auch schon *Franzki*, MedR 1994, 171, 176; *Hausch* VersR 2009, 1178 ff.

schuldeter ärztlicher Aufklärung gerade auch für die häufig schwerstkrankten und betagten Patienten als überfordernd und eben deshalb gerade nicht patientendienlich erfährt: Nicht selten verwirrt die Informationsfülle die Patienten, ängstigt sie unnötig und erschwert eine selbstbestimmte Entscheidung, so dass als lebensklug gilt, wer sich der Aufklärung entzieht. Bemerkenswerterweise hatte jedoch das Bundesverfassungsgericht noch insistiert, dass die u.U. erhebliche seelische Belastung, die dem Patienten mit der Aufklärung aufgebürdet werde, grundsätzlich hinzunehmen sei, weil es sich dabei bloß um die „Kehrseite freier Selbstbestimmung“ handle.[47] Damit scheint aber eher eine idealisierte, abstrakte Selbstbestimmung des als mündig postulierten Menschen gezeichnet zu sein, die „über die Hilfsbedürftigkeit des konkreten Patienten und seine wirkliche Abhängigkeit von der Krankheit hinweg[geht]“[48].

Auf dem Boden der realen Welt erweist sich die „Autonomie“ des Kranken von vornherein als eine nur „imperfekte“[49]: „Vollständige Autonomie ist, selbst hinsichtlich einzelner Entscheidungen, eine Idealvorstellung, und wir können bestenfalls hoffen, ihr mehr oder minder nahe zu kommen; denn die Fähigkeit des Individuums, sich autonom zu entscheiden, kann durch alle möglichen Dinge untergraben werden“[50]. Das illusionäre Leitbild produziert in der klinischen Praxis eine „Perfektion der Aufklärungsformulare“, mit der sich die Pflichtigen bestmöglich abzusichern suchen. Damit wird jedoch der eigentliche Sinn einer ärztlichen Aufklärung verfehlt, denn anstelle eines wahrhaftigen, begründeten Konsenses beruhigt man sich mit einem „Autonomie-Placebo“: „Die weitgehende Umwandlung des mündlichen Gesprächs in einen mehr oder weniger ausgedehnten Schriftverkehr führt zwangsläufig zur Vernachlässigung des individuellen Charakters der Arzt-Patienten-Beziehung“[51]. Als sei die Bürokratisierung ärztlichen Wirkens nicht schon Ärgernis genug: Die ungeschminkte Aufklärung des Patienten über die „bestehende Situation mit [all] ihren Unsicherheiten und Risiken“[52] ist geeignet, das „Patientenvertrauen als Kapital für die Therapie dadurch zu zerstören, dass der Patient auf diese Weise bösgläubig gemacht wird“[53]. *Lown* hat dies wie folgt kommentiert: „Selbstverständlich kann … jedes Problem entweder als eine lösbare Aufgabe oder als ein sprichwörtliches Todesurteil dargestellt werden – weshalb dann aber letzteres wählen?“[54] Mit anderen Worten produziert die ärztliche Aufklärungspflicht im Falle ihrer „Übererfüllung“ die Gefahr, selbst berechtigte Hoffnungen des Patienten zu zerstören und ärztliche Verantwortung abzu-

---

[47] BVerfGE 52, 171, 180.
[48] *Schreiber/Wachsmuth*, NJW 1981, 1985 f. sowie in: Lilie/Rosenau (Hrsg.), Hans-Ludwig Schreiber. Schriften zur Rechtsphilosophie, zum Strafrecht und zum Medizin- und Biorecht, 2013, S. 395, 396.
[49] Treffend *Damm*, MedR 2002, 375 ff.
[50] *Harris* (Fn 17), S. 271 f.
[51] *Schreiber/Wachsmuth* (Fn 48).
[52] BVerfGE 52, 171, 179.
[53] *Steffen*, Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, 1978, Sitzungsbericht I, S. 13, 14.
[54] *Lown* (Fn 1), S. 101.

schieben[55] – und dies u.U. mit negativen Folgen für den Therapieverlauf: Denn ebenso wie sich für den Placeboeffekt mittels des Einsatzes bildgebender neurowissenschaftlicher Verfahren mittlerweile zeigen ließ, dass es sich hierbei nicht etwa um ein bloßes Epiphänomen handelt, sondern um ein real-objektives Faktum, das hirnphysiologisch und -anatomisch lokalisiert werden kann,[56] lässt sich umgekehrt auch der Noceboeffekt empirisch nachweisen und psychologisch erklären.[57] Eine Reihe von klinischen Prüfungen[58] haben bemerkenswerte Resultate zutage gefördert, so z.B. bei einer Arzneimittelgabe, der das Risiko einer sexuellen Dysfunktion immanent war:[59] In der Gruppe, die ausführliche Informationen über das Medikament sowie über dieses Risiko erhielt, klagten anschließend 32 % über das tatsächliche Auftreten der Dysfunktion; in jener Gruppe, die zwar über das Medikament, nicht aber über das spezifische Risiko aufgeklärt wurde, waren es lediglich 13 %; und in jener Gruppe, der überhaupt keine Angaben über Medikament und Nebenwirkung gemacht wurden, klagten lediglich 8 %. Die ärztliche Aufklärungspflicht scheint Ärzte also in ein fundamentales ethisches Dilemma zu stürzen.

III. „Therapeutisches Privileg" aus Gründen der „Humanität"?

Damit erlangt ein altbekanntes Thema ungeahnte Aktualität: Darf oder muss gar der behandelnde Arzt im Lichte seiner therapeutischen Verantwortlichkeit schweigen, wenn Auskunft und Redlichkeit dem Patienten Schaden zufügen und ihm u.U. die letzte Hoffnung rauben kann? Wie lange ist am Gebot der „Wahrheit[-spflicht] am Krankenbett" festzuhalten?[60] – Bekanntlich hat die Auffassung, die es für gerechtfertigt hält, den Patienten ggf. von der Wahrheit zu verschonen, eine lange Tradition. Schon *Hufeland* meinte in seinem „Enchiridion medicum": „Den Tod verkünden heißt, den Tod zu geben, und das kann, das darf nie ein Geschäft dessen sein, der bloß da ist, um Leben zu verbreiten"[61]. Wo also die

[55] Dazu näher *Friedrich*, in: Frewer/Bruns/Rascher (Hrsg.), Hoffnung und Verantwortung. Herausforderungen für die Medizin, Jahrbuch Ethik in der Klinik 3 (2010), S. 167 ff.
[56] Dazu die ausführliche Stellungnahme der *Bundesärztekammer*, Placebo in der Medizin, 2010, S. 49 ff. m.w.N.
[57] Näher *Häuser/Hansen/Eck*, DÄBl. 109 (2012), A-459 ff. m.w.N.; *Rief/Hofmann/Nestoriuc*, The Power of Expectation. Understanding the Placebo and Nocebo Phenomenon, Social and Personality Psychology Compass 2008, 1624 ff. (online: http://placeboforschung.de/wiki/images/7/79/Rief_et_al_2008.pdf).
[58] Übersicht bei *Häuser/Hansen/Eck* (Fn 57), A-463 (Tabelle 2).
[59] *Silvestri/Galetta/Cerquetani et al.*, Report of erectile dysfunction after therapy with beta-blockers is related to patient knowledge of side effects and is reversed by placebo, European Heart Journal 2003, 1928 ff.
[60] Dazu grundlegend die Beiträge im gleichnamigen Sammelband von *Zöckler* (1978).
[61] Zit. nach *Ansohn*, Die Wahrheit am Krankenbett, 2. Aufl. 1969, S. 25.

Wahrheit den Tod bringt – so der berühmte *Rudolph von Ihering* –, „ist die Verhüllung derselben Pflicht"[62]. Von *Thomas Mann* sind bewegende Zeilen über das Schicksal Theodor Storms überliefert, wonach dessen meisterhafter „Schimmelreiter" letztlich ein „Produkt barmherziger Illusionierung" sei.[63] Und wer weiß, ob uns nicht auch „Doktor Faustus" vorenthalten geblieben wäre, hätte man nicht auch *Mann* auf Betreiben seiner Ehefrau den bei ihm im amerikanischen Exil diagnostizierten Lungentumor verheimlicht.[64] Ist hier denn nicht dem kantischen „Rigorismus der Wahrheit" ein „humanitäres Prinzip" entgegenzusetzen, das sich letztlich aus dem Gebot des nil nocere speist, um einer evtl. „Tötung durch Aufklärung" (*Carstensen*) zuvorzukommen?[65]

Schon in einer recht frühen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof in der Tat entschieden, dass „besondere Fälle" denkbar sind, in denen ein „Absehen von der ärztlichen Aufklärung" ausnahmsweise gerechtfertigt sein könne. Dies soll immer dann der Fall sein, wenn „die mit der Aufklärung verbundene Eröffnung der Natur des Leidens zu einer ernsten und nicht behebbaren Gesundheitsschädigung führen würde"[66]. Während einzelne hieran kritisierten, dass jeder Patient ein Anrecht habe zu erfahren, wie es um ihn stehe – um etwa die verbleibende Lebenszeit noch zur Regelung wichtiger Angelegenheiten zu nutzen –, meinten andere, dass diese Ausnahme viel zu restriktiv formuliert sei. Insbesondere *Erwin Deutsch* benannte, den Türspalt des höchstrichterlichen Judikats wesentlich ausweitend, vier Fallgruppen, in denen eine Nichtaufklärung oder wenigstens Beschränkung der Aufklärungspflicht nach „pflichtgemäßem Ermessen des Arztes" zulässig sein soll:[67] Erstens bei jedweder zu besorgenden „erheblichen psychischen Belastung", sei es durch eine „besondere Tiefe des Leidens" oder durch seine „lange Dauer"; zweitens bei der Gefahr einer „psychotisch-unverständigen Ablehnung" der „unbedingt notwendigen Behandlung"; drittens bei „Gefährdung Dritter" wie etwa von Familienangehörigen, die einer Verletzung seitens des aufgebrachten (Psychiatrie-)Patienten ausgesetzt sein könnten; und schließlich viertens bei „Erhöhung des Risikos" einer „sich selbst erfüllenden Prophezeiung", wenn beispielsweise der Patient sich bei Mitteilung so aufzuregen drohe, dass er den befürchteten tödlichen Herzinfarkt erleiden könnte.

Diese im Schrifttum zunächst vorherrschende Expansionstendenz hat sich jedoch in der Folgezeit nicht durchsetzen können; in der jüngeren Vergangenheit bestand vielmehr weitgehende Einigkeit, dass die Annahme eines – missverständlich so bezeichneten – „therapeutischen Privilegs"[68] in Anbetracht seiner Miss-

---

[62] Zit. nach *Druey*, in: Pedrazzini-FS 1990, S. 379, 385.
[63] *Th. Mann*, Leiden und Grösse der Meister, Ausgabe 1974 (1. Aufl. 1935), S. 151, 171 f.
[64] Dazu näher *Virchow sen. et al.*, DMW 122 (1997), 1432 ff.
[65] So *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn 321, 325.
[66] BGHZ 29, 176, 183.
[67] Zum Folgenden *Deutsch*, NJW 1980, 1305 ff.
[68] Zutreffend *Schreiber*, in: Heim (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht, 1984, S. 71 ff. sowie in: Lilie/Rosenau (Fn 48), S. 415, 417 f.: kein „Privileg" des Arztes, sondern Schutz des Patienten.

brauchsanfälligkeit und des hohen Wertes des Selbstbestimmungsrechts enger Restriktionen bedarf, damit – in völliger Übereinstimmung mit dem Berufsrecht (vgl. § 8 MBO-Ä) – das unbestreitbare Regel-Ausnahme-Prinzip zugunsten der Aufklärung nicht schleichend ins Gegenteil verkehrt wird.[69] Wie schon an anderer Stelle näher herausgearbeitet,[70] wird man hierfür – ausgerichtet an den sonst begegnenden Wertungen der Rechtsordnung (vgl. insbesondere §§ 216, 228 StGB) – „wenigstens die Gefahr einer erheblichen und dauerhaften Gesundheitsschädigung verlangen müssen, die sich nach Aufklärung aller Umstände auf hinreichender Tatsachengrundlage nachweislich als sehr wahrscheinlich darstellt“: „Denn nur so lassen sich spekulative Annahmen über mögliche Beeinträchtigungen der Stimmungslage und einem drohenden Verlust des Lebensmuts vorbeugen“. Und überdies muss ein striktes Subsidiaritätsverhältnis zugrunde gelegt werden: „Nur wenn sich die drohenden Schäden … auf keine andere Weise als allein durch nicht-konsentiertes Vorenthalten der Informationen vermeiden lassen, kann im übertragenen Sinne von einer Notfalllage, von einem echten Dilemma die Rede sein … – d.h.: Stets vorrangig gegenüber in solchem Sinne ärztlicher Eigenmacht sind die Optionen einer betont schonenden, einfühlsam-tastenden Aufklärung oder eines herbeigeführten Aufklärungsverzichts“[71]. Oder mit anderen Worten: Humanität impliziert nicht die Entmündigung des Patienten, sondern eine menschliche Begegnung mitsamt dem Bemühen um ein Kommunizieren auf menschlich-empathische Weise, um den Hilfsbedürftigen zur Selbstbestimmung zu befähigen.[72]

Medizinethisch liegt dem das Bild einer Arzt-Patienten-Beziehung zugrunde, die einerseits den Patienten nicht als unselbständiges Kind (paternalistisch), aber andererseits auch nicht als bloßen Kunden begreift. Während das sog. „Konsumentenmodell“ strikt zwischen Fakten und deren Bewertung trennt und letztere allein der beliebigen Eigenverantwortung des Patienten überlässt, ist der Arzt im sog. „interpretativen Modell“ ein Freund und Berater, der gemeinsam mit dem Patienten daran arbeitet, dessen Wert- und Zielvorstellungen kohärent sichtbar werden zu lassen, damit dieser auf der Basis solcher Selbsterkenntnis möglichst „gute“ bzw. „richtige“ Entscheidungen (im Sinne seiner subjektiven Präferenzen) treffen kann.[73] Die ärztliche Aufklärung versteht sich in diesem Lichte nicht in erster Linie als (lästige) rechtliche Pflichterfüllung, sondern als genuiner, zentraler Bestandteil einer vertrauensvollen „therapeutischen Partnerschaft“: Das existentielle Angewiesensein des hilfsbedürftigen Patienten appelliert an den behandelnden

[69] Siehe etwa BGHZ 85, 327, 333; 90, 103, 109 f.; 107, 222, 226; siehe auch BVerfG NJW 2006, 1116 ff.

[70] Näher *Duttge*, in: Journal of Yeditepe University, Volume III/2, 2006, S. 91 ff.

[71] Wie Fn 70.

[72] Vgl. *Weißauer/Opderbecke*, MedR 1992, 312: „Mobilisierung der Selbstbestimmung“; zust. *Katzenmeier* (Fn 41), Kap. V Rn 94; *Laufs*, RPG 1997, 3, 11.

[73] *Emanuel/Emanuel*, Four Models of the Physician-Patient Relationship, in: Journal of the American Medical Association 267 (1992), 2221 ff.

Arzt, „sich der Belange des Patienten anzunehmen und zu versuchen, ihm durch helfende Unterstützung weitestmöglich jene Autonomie zurückzugeben, die er braucht, um seinen eigenen Weg im Umgang mit der Krankheit zu finden“[74]. Die wachsenden Erkenntnisse über die psychologischen Folgen negativer Erwartungen und „schlechter Nachrichten“ (sog. Nocebo-Effekte) bildet daher eine große Herausforderung an die Arzt-Patienten-Kommunikation, rechtfertigt jedoch mitnichten „Taschenspielertricks“ nach Art der ärztlicherseits immer wieder gerne empfohlenen Devise, wonach zwar alles wahr sein müsse, was gesagt werde, jedoch nicht alles gesagt werden müsse:[75] Wahrhaftigkeit ist die unverzichtbare Grundlage einer jeden vertrauensvollen Beziehung, Transparenz und Ernstnahme der Nöte des anderen die zentrale Bedingung für ein gelingendes Miteinander. Und in Abwandlung eines Aphorismus bei *Wittgenstein*: „Worüber man nicht schweigen darf, darüber müssen wir reden (…)“[76].

IV. Zum neuen Patientenrechtegesetz

Transparenz, Stärkung der „Mündigkeit“ des Patienten und Rechtssicherheit waren auch die Leitmotive des Gesetzgebers, als er sich entschloss, die „Patientenrechte“ in Gesetzesform zu gießen.[77] Weil zentrale Aspekte des ärztlichen Behandlungs- und Haftungsrechts bis dato „nur“ Ausprägung von Richterrecht waren, sei es allen Beteiligten wesentlich erschwert gewesen, die jeweils bestehenden Rechte und Pflichten überhaupt zu kennen, geschweige denn innerhalb der konkreten Arzt-Patienten-Beziehung zu realisieren, im Konfliktfall also ggf. auch einzufordern. Ein gesetzlicher Rahmen schaffe die nötige Transparenz und Rechtssicherheit, die es Patienten und Behandler ermögliche, sich „auf Augenhöhe“ begegnen zu können. Dadurch sollten sich zugleich evtl. Lücken des bisherigen Rechts schließen sowie die Defizite bei der Durchsetzung der Patientenrechte beseitigen lassen.[78] Zu diesem Zweck wurde zum einen das SGB V um neue Regelungen (insbesondere zur Stärkung der Rechte gegenüber den Krankenkassen, vgl. §§ 13 IIIa, 66 SGB V, aber auch zur „Stärkung der Patientenbeteiligung“ innerhalb des Systems der GKV, vgl. §§ 99, 140f SGB V) ergänzt sowie zum anderen – vor allem – eine Rahmenkodifikation des gesamten Behandlungs- und Arzthaftungsrechts in das Bürgerliche Gesetzbuch implementiert (§§ 630a-630h BGB).

[74] *Maio* (Fn 4), S. 143 f. und 170.

[75] Z.B. *Bauer*, in: Stud. Ber. Kathol. Akademie Bayern 20 (1963), 47 ff.; *Carstensen*, in: Schreiber-FS 2003, S. 627 ff.

[76] *Greß-Heister*, in: Ingensiep/Rehbock /Hrsg.), „Die rechten Worte finden… – Sprache und Sinn in Grenzsituationen des Lebens, 2009, S. 179, 196.

[77] Durch das „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ v. 20.2.2013 (BGBl. I, 277).

[78] Siehe zu den Motiven im Einzelnen: BT-Drucks. 17/10488 bzw. BR-Drucks. 312/12.

Es ist im hiesigen Kontext weder Raum noch Notwendigkeit, diese Kodifikation in ihrer Gesamtheit zu beleuchten.[79] Was die grundlegende Zielsetzung anbelangt, sollte jedoch nicht verschwiegen werden, dass diese bei näherer Betrachtung eine doch arg simplifizierende Vorstellung von der Wirkweise des Rechts offenbart. Denn wie schon an anderer Stelle näher ausgeführt,[80] stützen sich die Annahmen des Gesetzgebers im Kern auf eine dreifache Hypothese, die in all ihren Bestandteilen mit Fragezeichen zu versehen ist: „Erstens, dass die beklagten Defizite bei der Durchsetzung der Patientenrechte in der Vergangenheit gerade oder jedenfalls nicht unwesentlich auch durch deren Unkenntnis bedingt waren; dass zweitens das zentrale Moment dieser Unkenntnis in der fehlenden Vergesetzlichung lag und schließlich drittens die jetzt implementierte Rahmenregelung die erstrebte Transparenz und Verlässlichkeit schaffe“. Was dabei von Grund auf verkannt wird: Die mangelnde Realisierung des Idealbildes einer wahrhaft „therapeutischen Partnerschaft“ hatte und hat ihre Ursache keineswegs (bloß) in einem kognitiven Defizit, sondern im asymmetrischen Machtverhältnis zwischen Arzt und Patient. Auch bei noch so exzellenter Rechtskenntnis kann es dem Patienten leicht widerfahren, dass seine Rechte keine Beachtung finden, dass sie einfach ignoriert werden oder im Betrieb einer Großorganisation (Klinik) „untergehen“. Auf Seiten der Ärzteschaft dürfte es eine gewiss nicht nur seltene Haltung sein, dass mancher sich lieber die seinen Interessen und tradierten Praktiken günstigere „Rechtsmeinung“ zu eigen macht, ggf. durch selektive Eigenlektüre und Laieninterpretation. Die hehre Rede von der größeren Rechtssicherheit durch gesetzliche Verankerung fördert nun gerade den Irrglauben, dass die Komplexität des Rechts durch simple Lektüre eines „passenden“ Rechtssatzes erfasst werden könne. Natürlich ist einzuräumen, dass Richterrecht aufgrund seiner Einzelfallbezogenheit bei der Suche nach seinen generalisierbaren Aussagen stets besondere Verständnisschwierigkeiten aufwirft; immerhin hat es aber den Vorzug der Konkret- und Differenziertheit, was einer notwendig abstrahierenden Rahmengesetzgebung abgeht. Dass die unbestimmten Begriffe des Rahmengesetzes von juristischen Laien besser begriffen werden können als Gerichtsentscheidungen, ist im Übrigen eine wenig plausible Annahme.

Dies zeigt sich nicht zuletzt im hiesigen Kontext der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihrer Grenzen: Der (behandlungsbezogenen) Informations- und (eingriffsbezogenen) Aufklärungspflicht soll es nach dem neuen Patientenrechtegesetz nicht bedürfen, „soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich … [sind], insbesondere wenn die Behandlung/Maßnahme unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Information/Aufklärung ausdrücklich verzichtet hat“ (§§ 630c IV, 630e III BGB). Ein erster unbefangener Blick könnte

[79] Dazu etwa *Hart*, MedR 2013, 159 ff.; *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 ff. und NJW 2013, 817 ff.; *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 ff.; *Olzen/Uzunovic*, JR 2012, 447 ff.; *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281 ff.; *Rehborn*, MDR 2013, 497 ff., 565 ff.; *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 ff. und VersR 2013, 267 ff.; *Thurn*, MedR 2013, 153 ff.; *Wagner*, VersR 2012, 789 ff.

[80] *Duttge*, in: Jahrbuch Ethik in der Klinik 6 (2013) – im Erscheinen.

vielleicht glauben lassen, dass therapeutische Vorbehalte hiermit nicht gemeint seien: Immerhin spricht sie der Gesetzgeber nicht ausdrücklich an (Wortsinnargument), und dies gerade im Unterschied zum Einsichtsrecht in die Patientenakte (vgl. § 630g I S. 1 BGB: „…soweit der Einsichtnahme nicht erhebliche therapeutische Gründe … entgegenstehen", systematisches Argument). Die gesetzliche Formulierung ist jedoch in zweifacher Hinsicht rätselhaft, weil sie zum einen deutlich zu erkennen gibt, dass es neben den beiden ausdrücklich benannten Fällen (Unaufschiebbarkeit und Verzicht) auch noch weitere Konstellationen geben soll („insbesondere"), die aber zum anderen dem hochgradig unbestimmten Blankett der „besonderen Umstände" eben nicht zu entnehmen sind. Die Gesetzesbegründung offenbart jedoch unmissverständlich, dass der Gesetzgeber mit der Rubrik der unbestimmten sonstigen Fälle einer „entbehrlichen" Aufklärung gerade und dezidiert den therapeutischen Vorbehalt in Bezug nehmen wollte: „Der Katalog … [des § 630c IV bzw. § 630e III BGB] ist nicht abschließend; so können im Einzelfall auch erhebliche therapeutische Gründe der Informationspflicht [bzw. Aufklärungspflicht] entgegenstehen, soweit die begründete Gefahr besteht, dass der Patient infolge der Information sein Leben oder seine Gesundheit gefährdet"[81]. Mit Blick auf § 630e BGB findet sich immerhin noch ergänzend ausgeführt, dass „das Selbstbestimmungsrecht des Patienten aber nur unter engen Voraussetzungen eingeschränkt werden darf", so dass die Anforderungen an solche therapeutischen Gründe „sehr streng" zu handhaben seien und dem „Gebot einer schonenden Aufklärung" Vorrang eingeräumt werden müsse.[82] Das alles ist selbstredend nicht falsch, und doch fragt sich der überraschte Leser, warum diese theoretisch wie praktisch hochbedeutsame Frage in die Gesetzesmaterialen „versteckt" und die komplexe Aufgabe der näheren Maßstabbildung und konkreten Grenzziehung weitgehend dem Rechtsanwender überlassen wurde.

Man erinnere sich: Der Gesetzgeber ist angetreten, mit der Kodifizierung der Patientenrechte mehr Transparenz und Rechtssicherheit zu schaffen! Dabei hatte der ursprüngliche Referentenentwurf aus den zuständigen Ministerien den „therapeutischen Vorbehalt" noch ausdrücklich benannt (vgl. §§ 630v IV Nr. 2, 630e III Nr. 2 BGB-E).[83] Dieser Vorschlag ist aber aufgrund der hiergegen vorgebrachten Kritik (aus der Medizinrechtswissenschaft) hernach aus dem Gesetzestext gestrichen worden – um gleichsam still und heimlich „durch die Hintertüre" wieder Eingang zu finden! Schlimmer noch: Mit einer detaillierten gesetzlichen Regelung hätte der Beurteilungsmaßstab für eine solche „Ausnahme" verbindlich konkretisiert werden können, was den Ausnahmecharakter erst sichergestellt hätte. Dass sich jetzt in den Materialien punktuell Erwägungen dazu finden, ist letztlich von weit geringerer Verbindlichkeit, denn nach den allgemeinen Grundsätzen der Aus-

[81] BT-Drucks. 17/10488, S.23.
[82] BT-Drucks. 17/10488, S.25.
[83] Abrufbar unter: www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_Gesetz_zur_Verbesserung_der_Rechte_von_Patientinnen_und_Patienten.pdf?_blob=publicationFile.

legungsmethodik entscheidet letztlich, was Eingang in das Gesetz selbst gefunden hat. Mit anderen Worten ebnet das neue Patientenrechtegesetz dem ärztlichen Paternalismus auf ungeahnte Weise Tür und Tor, was als Rückfall in längst überwunden geglaubte Zeiten nachdrückliche Kritik verdient. Der Bundesrat hatte im Übrigen in seiner Stellungnahme zum neuen Gesetz noch für eine abschließende Fassung des Ausnahmebereichs unter Verzicht auf einen „therapeutischen Vorbehalt" plädiert, weil sich Arzt und Patient nur auf der Basis gleicher Informationslage „auf Augenhöhe" begegnen können;[84] die Bundesregierung hat dies jedoch zurückgewiesen, weil nur eine „allgemein gehaltene Formulierung" den „notwendigen Spielraum für die Umstände im Einzelfall" eröffne.[85] Dass die Ausfüllung dieser Spielräume dann denknotwendig doch wieder dem Belieben des jeweils behandelnden Arztes überlassen bleibt, ohne Gewähr, dass sich die intendierte „Ausnahme" in praxi tatsächlich auf Ausnahmefälle beschränkt, läuft nicht nur dem Anspruch der Patienten auf Gleichbehandlung, sondern nicht zuletzt der Idee der Patientenautonomie eklatant zuwider. Ein Gesetz, das es dem Pflichtigen überlässt, die Grenzen seiner Pflichtigkeit im jeweils konkreten Einzelfall selbst festzulegen, sollte um der sprachlichen Redlichkeit und Verlässlichkeit willen besser nicht (mehr) von einer „Stärkung der Patientenrechte" sprechen!

V. Ausblick

Nach alledem ist geradezu evident, was schon seit längerem als gesicherte Erkenntnis aus einer Vielzahl klinisch-praktischer Erfahrungen gelten kann: Die ärztliche Aufklärungspflicht sucht ein hehres Ideal zu verwirklichen, das in der klinischen Praxis nicht nur häufig verfehlt wird, sondern schlimmer noch kontraproduktive Folgewirkungen nach sich gezogen hat, an deren Beseitigung sowohl Ärzteschaft als auch das Recht größtes Interesse haben sollten: Die Ärzteschaft klagt über ein zeitraubendes Überhandnehmen von Bürokratisierung und Formalisierung, woran sie allerdings – man denke an die Vielzahl umfangreicher Aufklärungsformulare in Umsetzung der gerade zu ihrer Entlastung und Absicherung etablierten „Stufenaufklärung" – nicht ganz unschuldig sind. Für Patienten bleibt mehr oder weniger unverständlich, was ihnen damit eigentlich gesagt werden soll, mehr noch, wenn der behandelnde Arzt dann den „schwarzen Peter" wieder an das Recht zurückverweist. Im Ganzen werden damit die seit längerem spürbaren Schäden einer sog. „Defensivmedizin" nur noch befördert, statt dieser endlich mit „vertrauensbildenden Maßnahmen" entgegenzutreten. Wie bis heute die „Teufelsspirale" aller hehren Rede von der „therapeutischen Partnerschaft" Hohn spricht, ist schon bei *Lown* treffend beschrieben: Eine Defensivmedizin „beeinträchtigt die Berufsausübung und beraubt die ärztliche Tätigkeit jeder Menschlichkeit. Der

[84] BT-Drucks. 17/10488, S. 41 und 42.
[85] BT-Drucks. 17/10488, S. 54 und 55 („Wahrung der erforderlichen Flexibilität").

Patient hat es nicht mit einem freundlichen und anteilnehmenden Arzt zu tun, sondern stößt auf Desinteresse und Feindseligkeit. Diese Atmosphäre untergräbt die Kommunikation, und wenn der Patient immer verdrossener und sichtlich unzufriedener wird, wächst bei dem Arzt der Verdacht, dass sein Klient möglicherweise prozesswütig sei. Ist die Beziehung erst einmal schlecht, tritt ein zugesagter Heilerfolg nicht ein, erscheint eine ärztliche Rechnung übertrieben hoch oder setzt eine Komplikation ein, (…) so kommen die Räder eines Rechtsstreites in Gang. Dieser sinnlosen Dynamik haftet die Unvermeidlichkeit einer sich selbst erfüllenden Prophezeiung an: Der Patient hat kaum Gewissensbisse, gegen einen gleichgültigen Fremden eine Klage anzustrengen“[86].

Was könnte dem für die Zukunft, gleichsam zwecks verbesserter Prävention gegen ärztlichen Paternalismus, entgegengesetzt werden? In erster Linie sollte sich der Blick auf die praktischen Rahmenbedingungen richten, in denen ärztliche Aufklärung heute stattfindet: Wo exorbitanter Zeitdruck und Personalknappheit herrscht und die Ökonomie keine Anreize für ein ausführliches Gespräch setzt, kann es nicht überraschen, wenn hier nur noch Fassade und nicht mehr Substanz vorherrscht. Erforderlich wäre insbesondere eine nachhaltige Verbesserung der ärztlichen Befähigung zur laienverständlichen Kommunikation, neben der dringlichen Professionalisierung der medizinrechtlichen Ausbildung im Medizinstudium, die bislang noch immer Nicht- oder Halbjuristen überlassen wird. Interdisziplinäre Forschung täte hier not, um zu evaluieren, warum bei Patienten so wenig „ankommt“, was von ärztlicher Seite kommuniziert wird; interdisziplinäre Forschung hätte desweiteren die Möglichkeit der Ausarbeitung von Konzepten einer verständlichen, sinnhaften und die modernen technologischen Möglichkeiten einbeziehenden „Kommunikation“ zwecks Herstellung und Bewahrung des unverzichtbaren wechselseitigen Vertrauens. Von hier aus macht es dann im zweiten Schritt auch Sinn, über die Angemessenheit des Rechtsrahmens neu zu befinden. Neben der Frage, inwieweit die rechtlichen Anforderungen nicht vielleicht besser (insbesondere bzgl. der Risikoaufklärung) etwas zurückgenommen werden sollten, wäre mehr als bisher auch die Sanktionsseite mit zu bedenken: Es fördert gewiss nicht die erhoffte Vertrauensbeziehung, wenn jedes Aufklärungsdefizit sogleich (auch) strafrechtliche Konsequenzen hat. Hier verdient vielmehr ein Gedanke Beachtung und näherer Diskussion, den *Keiichi Yamanaka* aufgegriffen hat: „Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht muss … in einer Weise im Fahrlässigkeitstatbestand [scil.: des § 222 bzw. § 229 StGB] berücksichtigt werden, die ihrer Rolle in der Fahrlässigkeitsdogmatik gerecht wird; anders als im Deliktsrecht genügt z.B. allein die Verletzung der Aufklärungspflicht nicht für die Tatbestanderfüllung im Strafrecht“[87]. Wie das strafrechtsdogmatisch im Einzelnen begründet werden könnte, harrt – wie vieles im hiesigen Kontext – noch einer Antwort.

---

[86] *Lown* (Fn 1), S. 118.
[87] *Yamanaka*, in: Heinz-FS 2010, S. 837, 852.

V. Sicherheit und Risiken im Strafrecht

Punishment without a Sovereign?
The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law
A first Contribution towards a Consistent Theory of ICL

*Kai Ambos**

Abstract

Current International Criminal Law ('ICL') suffers from at least four fairly serious theoretical shortcomings. First, as a starting point, the concept and meaning of ICL in its different variations must be clarified ('the concept and meaning issue'). Second, the question of whether and how punitive power can exist at the supranational level without a sovereign ('the ius puniendi issue') must be answered in a satisfactory manner. Third, the overall function or purpose of ICL as opposed to

* The author is grateful to the Institute for Advanced Studies (IAS) of Hebrew University of Jerusalem for the support received during his sabbatical as Senior Research Fellow during winter 2011/12. The paper has been presented, inter alia, at an international seminar of the IAS on 21 and 22 December 2011 and at the conference of the German section of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, held from 27 to 29 September 2012 in Münster, Germany. The author is grateful to the participants for their critical and helpful comments. – The paper has originally been published in Oxford Journal of Legal Studies 33 (2013), 293-315.

national criminal law ('the overall function issue') must be more convincingly explained. Fourth, the purposes of punishment in ICL, as opposed to the traditional purposes discussed in national criminal law, must be elaborated ('the purposes of punishment issue'). There is a partly vertical and partly horizontal relationship between these issues. It is, for example, of course impossible to reflect upon ius puniendi, overall function and purposes of punishment without having clarified the concept of ICL in the first place. Also, a treatment of overall function and purposes of punishment seems to be predicated on the justification of the ius puniendi. Indeed, the lack of a satisfactory answer to the ius puniendi issue is maybe the most important theoretical weakness of current ICL. This paper therefore pretends to demonstrate that a supranational ius puniendi can be inferred from a combination of the incipient supranationality of the world order (understood normatively as an order of values) and the concept of a world society composed of world citizens whose law – the 'world citizen law' ('Weltbürgerrecht') – is derived from universal, indivisible, and interculturally recognized human rights predicated upon a Kantian concept of human dignity. The incipient world order and the world society are represented by the international community (to be understood as a community of values) which becomes the holder of the ius puniendi.

1. Introduction: Noble Goals and High Expectations

The goals of ICL are noble and the expectations high. The preamble of the Rome Statute of the International Criminal Court ('ICC'), the Court's founding document, states that 'the most serious crimes of concern to the international community as a whole[1] must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured'. It recognizes that 'such grave crimes threaten the peace, security and well-being of the world' and expresses determination 'to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes.'

Thus, clearly, the mission of ICL and its first permanent World Court is a twofold one, consisting of an individualistic and a collective side: on an individual level, it aims to protect fundamental human rights by prosecuting and punishing international crimes violating these rights; on a collective level, it strives to contribute to the 'peace, security and well-being of the world' by the effective prosecution of international crimes threatening these values. Yet, just how difficult it is to accomplish this mission has become evident since the effective establishment of the Court in 2003.[2] It is not surprising then that some scholars warn of too high

---

[1] See also Art. 5 (1) Rome Statute.

[2] The ICC Statute was adopted in Rome 17 July 1998 and entered into force 1 July 2002; however, the Court only started to function in spring 2003 with the election of the Chief Prosecutor, the first 18 Judges and the Head of the Registry.

expectations, in particular with regard to the ICC's collective peace and security limb going beyond the classical function of a criminal Tribunal, i.e., to bring the responsible to book.[3] In addition, scholars become increasingly aware of the theoretical shortcomings of the ICL project.[4] These shortcomings can be grouped around the issues described above in the abstract. I will focus here, after having clarified the 'concept and meaning issue', on the 'ius puniendi issue'. I will thereby prepare the ground for a later treatment of the 'overall function issue' in a separate paper. In that paper I will also deal, by way of a corollary, with the 'purposes of punishment issue'.[5]

2. The Concept and Meaning Issue

Georg Schwarzenberger identified in his seminal paper on ICL six meanings of the concept referring to different types of crimes of or under ICL.[6] His second, third and fourth groups,[7] all dealing with crimes implemented in domestic law pursuant to international treaties or generally recognized principles,[8] easily merge into one group which we would nowadays call 'treaty-based transnational' or 'international' crimes. We remain then with four meanings of ICL, masterly summarized by Claus Kreß as follows:[9]

---

[3] See in particular M Damaška, 'What is the Point of International Criminal Justice?' (2008) 83 Chicago-Kent Law Review 329, 331ff calling for a lowering of the expectations (340ff); also id, 'The International Criminal Court between Aspiration and Achievement' (2009) 14 UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs 19, 19ff. identifying a 'gap' between 'aspirations and realization' since the ICC cannot fulfill its self-imposed expectations and this, ultimately, undermines its legitimacy. Crit. as to the 'security function' converting the ICC into 'two courts in one' G Fletcher and JD Ohlin, 'The ICC – Two Courts in One?' (2006) 4 Journal of International Criminal Justice ('JICJ') 428; crit. of the only partially realistic expectations towards international criminal tribunals O Diggelmann, 'Staatsverbrechen und internationale Justiz' (2007) 45 Archiv des Völkerrechts 382, 383ff (399).

[4] For a general critique see CF Stuckenberg, 'Völkerrecht und Staatsverbrechen', in J Menzel, T Pierlings and J Hoffmann (eds), Völkerrechtsprechung (Mohr Siebeck 2005) 768, 772.

[5] For an earlier, albeit not conclusive treatment see K Ambos, 'On the Rationale of Punishment at the Domestic and International Level', in M Henzelin and R Roth (eds), Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation (L.G.D.J. et al. 2002) 309, 312-323; recently K. Ambos, Treatise on International Criminal Law. Vol. I Foundations and General Part, 2012, 67-73.

[6] G Schwarzenberger, 'The Problem of an International Criminal Law' (1950) 3 Current Legal Problems 263, 264-274.

[7] ibid, 266-271: ICL 'in the meaning of internationally prescribed municipal criminal law', 'internationally authorized municipal criminal law' and 'municipal criminal law common to civilised nations'.

[8] This applies to the fourth group as far as it includes 'principles of municipal criminal law which civilised States have de facto in common or consider it opportune to assimilate to a common standard by means of international conventions or by parallel municipal legislation.' (ibid, 271).

[9] cf C Kreß, 'International Criminal Law', in R Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (OUP 2008 et seq.) paras 1-14 (online edition, available at www.mpepil.com,)

- ICL as the Law Governing the Prescriptive Criminal Jurisdiction of States
- ICL as the Law of International Co-operation in Criminal Matters
- ICL as Transnational Criminal Law
- ICL as (supranational) International Criminal Law stricto sensu

The first two groups are not of interest here for they concern the national law on the (extra)territorial scope of a State's domestic criminal law ('Strafanwendungsrecht')[10] and the mutual legal assistance between States in criminal matters.[11] The third group is only of indirect interest insofar as it is sometimes unclear where to draw the line between this group and 'true' or core international/supranational crimes. The recent terrorism decision of the Special Tribunal for the Lebanon is a case in point.[12] In any event, current ICL scholarship accepts the distinction between treaty based/transnational crimes and supranational, 'true' international crimes.[13] Examples of the latter are the core crimes of Articles 5-8 of the ICC Statute,[14] while treaty-based crimes are essentially transnational crimes, objects of

---

[10] Schwarzenberger (n 6) 264-266; Kreß (n 9) paras 2-3; see also K Ambos, Internationales Strafrecht (3rd edn, Beck, 2011) part I (§§ 1-4).

[11] Schwarzenberger (n 5) 271-272; Kreß (n 8) paras 4-5.

[12] Decision, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, Appeals Chamber, STL-11-01/I (16 February 2011). For a critical review of the decision K Ambos, 'Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is there a Crime of Terrorism under International Law?' (2011) 24 LJIL 655; even more critical B Saul, 'Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism' (2011) 24 LJIL 677; S Kirsch and A Oehmichen, 'Judges gone astray - The fabrication of terrorism as an international crime by the special Tribunal for Lebanon'(2011) 1 Durham Law Review 32.

[13] Kreß (n 9) paras 6-14 (transnational and supranational international criminal law stricto sensu); R Cryer and E Wilmshurst, 'Introduction', in R Cryer and others, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (2nd edn, CUP 2010) 1, 4–5 (transnational and international crimes); P Gaeta, 'International Criminalization of Prohibited Conduct', in A Cassese (ed), The Oxford Companion to International Criminal Justice (OUP 2009) 63, 69 (international crimes proper and treaty-based crimes); D Luban, 'Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law', in S Besson and J Tasioulas (eds), The Philosophy of International Law (OUP 2010) 569, 572 (treaty-based transnational and pure international criminal law); M Milanović, 'Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care)' (2011) 9 JICJ 25, 28, with footnote 7. See also Ambos, 'Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon' (n 10) § 7, marginal number ('mn.') 117 vs. 275. Ch Bassiouni, Introduction to International Criminal Law (Transnat. Publ. 2003) 114-115 lists 28 different categories of international crimes and divides them up into further groups ('International Crimes', 'International Delicts', 'International Infractions'). On ICL in a narrow and a wider sense see also M Schröder, 'Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen', in W Vitzthum (ed), Völkerrecht (5th edn, B De Gruyter 2010) 579, 579-580; Stuckenberg, 'Völkerrecht und Staatsverbrechen' (n 4) 2-4; D Pastor, El poder penal internacional (Atelier 2006) 80ff .

[14] See Ambos, 'On the Rationale of Punishment at the Domestic and International Level' (n 10) § 5, mn. 3, § 7, mn. 117; G Werle, Principles of International Criminal Law (T.M.C. Asser Press 2009) 29; Kreß (n 9) para. 15; Cryer and Wilmshurst (n 13) 4; Gaeta (n 13) 66ff .; A Cassese, International

the so-called suppression conventions[15] such as the UN Torture Convention,[16] the Terrorist Bombing Convention,[17] or the UN Drugs Conventions.[18]

ICL stricto sensu ('Droit pénal international', 'Derecho penal internacional', 'Diritto penale internazionale', 'Völkerstrafrecht'),[19] which is of interest here is, of course, not limited to the kind of crimes mentioned above. Rather, it comprises, to quote a well accepted definition of Otto Triffterer, 'the totality of international law norms of a penal nature which conjoin typical legal consequences of criminal law with a decisive conduct – namely the international crime – and as such can be applied directly.'[20] If one accepts this definition, ICL consists at its core of a combination of criminal law and public international law principles.[21] The idea of indi-

---

Criminal Law (2nd edn, OUP 2011) 12 extends this list to torture and 'some extreme forms of international terrorism'. R Kolb, Droit international penal (Helbing Lichtenhahn et al. 2008) 68-69, recognizes, in addition to the ICC core crimes, 'international crimes' because of their 'nature intrinsèque' distinguishing between public (state) and private (ordinary) crimes; yet, he does not provide criteria of delimitation of transnational crimes.

[15] For an interesting analysis of the supposed first suppression treaty, the bilateral British/US anti-piracy Jay Treaty of 1794 and the later Submarine Cables Convention of 1884 see R Clark, 'Some Aspects of the Concept of ICL: Suppression Conventions, Jurisdiction, Submarine Cables and The Lotus'(2011) 22 CLF 519, 523-528; for a recent critique of the aut dedere aut iudicare regimes of these conventions see N Boister, 'International Tribunals for Transnational Crimes: Towards a Transnational Criminal Court?' (2012) 23 CLF 295, 300-302.

[16] Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (New York, 10 December 1984) 1465 U.N.T.S. 85 ('Torture Convention').

[17] International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, (New York, December 1997) 2149 U.N.T.S. 256 ('Terrorist Bombing Convention').

[18] Single Convention on Narcotic Drugs,(New York, 30 March 1961) 250 U.N.T.S. 151 ('Single Convention'); United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, (Vienna, 20 December 1988) 1582 U.N.T.S. 95 ('Vienna Drug Convention').

[19] On the sometimes ambiguous terminology see – from a German perspective (where the broader term 'Internationales Strafrecht' was traditionally used, first by Ernst Beling) – L Gardocki, 'Über den Begriff des Internationalen Strafrechts'(1986) 98 ZStW 703; H-H Jescheck and T Weigend, Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil (5th edn, Duncker & Humblot 1996) 119; F Neubacher, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit (Mohr Siebeck 2005) 31ff. From the Anglo-American perspective Cryer and Wilmshurst (n 13) 3-5. From the Spanish-speaking perspective Pastor (n 13) 28-33.

[20] O Triffterer, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg (Albert 1966) 34 ('Völkerstrafrecht im formellen Sinne ... die Gesamtheit aller völkerrechtlichen Normen strafrechtlicher Natur, die an ein bestimmtes Verhalten – das internationale Verbrechen – bestimmte, typischerweise dem Strafrecht vorbehaltene Rechtsfolgen knüpfen, und die als solche unmittelbar anwendbar sind.'; all translations from German by the author). See also Cassese (n 14) 11-14 and C Safferling, Internationales Strafrecht (Springer 2011) 38; summarizing B Jesse, Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts (Duncker & Humblot 2009) 58ff. For an overly broad and imprecise definition ('any number of obligations impacting criminal law'), ignoring the dimension of individual criminal responsibility AK Greenawalt, 'The Pluralism of International Criminal Law'(2011) 86 Indiana Law Journal 1063, 1071.

[21] cf van Sliedregt, The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law (TMC Asser Press 2003) 4 ('meeting of two worlds'); id., Individual Criminal Responsibility in International Law (OUP 2012) 8 ('another meeting of worlds'); also F Höpfel and C Angermaier, 'Adjudicating International Crimes', in P Reichel (ed), Handbook of

vidual criminal responsibility and the ensuing prosecution of individuals for specific (macro-criminal) conduct[22] is derived from criminal law, while the classical (Nuremberg) offences[23] form part of (public) international law and thus the respective conduct is directly punishable under ICL (principle of direct individual criminal responsibility in public international law).[24] This strong grounding in criminal law, together with the actual enforcement of ICL by way of international criminal Tribunals and the ICC, converts ICL into criminal law on a supranational level, fully encompassing the well known principles of a liberal criminal justice system, in particular the principles of legality, culpability and fairness.[25] The institutionalization of ICL with the establishment of the ICC entails the creation of a single penal system of the international community[26] – understood as a major group of States bound together by common values[27] – extending beyond the core

Transnational Crime and Justice (Sage Publications 2005) 310, 310; CF Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik (De Gruyter 2007) 2; R Borsari, Diritto punitivo sovranazionale come sistema (Cedam 2007) 88; A Zahar and G Sluiter, International Criminal Law (OUP 2008) X; A Kindt, Menschenrechte und Souveränität (Duncker & Humblot 2009) 51-52; Cryer and Wilmshurst (n 13) 12 ('both bodies of law'). On the components of ICL see Bassiouni (n 13) 1-8, who speaks of a system sui generis (ibid, 53).

[22] On politically motivated macro-criminality as already an object of ICL K Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts (2nd edn, Duncker & Humblot 2004) 50ff ; see more recently Neubacher (n 18) 18, 24, 30, 240-243, 479; Borsari (n 21) 442-444.

[23] cf Art. 6 Statute of the International Military Tribunal (Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, [London, 8 August 1945] 82 U.N.T.S. 279): Crimes Against Peace, War Crimes and Crimes Against Humanity.

[24] See generally G Dahm, Zur Problematik des Völkerstrafrechts (Vandenhoeck & Ruprecht 1956) 14-17; more recently G Werle, 'Die Zukunft des Völkerstrafrechts', in S Grundmann and others, Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin (De Gruyter 2010) 1219, 1225; Jesse (n 20) 57.

[25] This view gains more and more ground in the international literature see D Robinson, 'The Identity Crisis of International Criminal Law' (2008) 21 LJIL 925, 925-926, 961-962 speaking of a 'liberal system of criminal justice' (although warning of ICL's illiberal tendencies derived from a human rights and victims oriented discourse, 927ff); B Sander, 'Unravelling the Confusion Concerning Successor Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence' (2010) 23 LJIL 105, 125ff. calling for the respect for criminal law principles, in particular the principle of culpability.

[26] O Triffterer, 'Universeller Menschenrechtsschutz auch durch das Völkerstrafrecht?' in Politische Studien, Die universale Geltung der Menschenrechte, Sonderheft 1/1995 32, 38; see also Zahar and Sluiter (n 21) VII ('criminal law of the international community'); H-H Jescheck, 'Schlußworte', in U Sieber and H-J Albrecht (eds), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach (Duncker & Humblot 2006) 152, 160 ('das allgemeine, gleiche Völkerstrafrecht und die internationale Strafgerichtsbarkeit als Kontrollsystem…'); V Reuss, Zivilcourage als Strafzweck des Völkerstrafrechts (Lit 2012) 54.

[27] I follow here Andreas Paulus' distinction between international community and society: The term "international community" is sometimes used interchangeably with the term "international society". As a more extensive inquiry has shown, the usage is far from uniform. Nevertheless, one may say – with the necessary caution – that a community adds a normative element, a minimum of subjective cohesion to the social bond between its members. Whereas society emphasizes factual interconnections and interrelations, community looks to values, beliefs and subjective feelings.' ('International

areas of substantive and procedural law towards other branches of criminal law (law of sanctions, enforcement of sentences, judicial assistance etc.). This new penal system, however, represents only one – the supranational – element of the new 'International Criminal Justice System'[28] which, in turn, may be conceived as an instrument of global (judicial) governance operating through legalization and formalization.[29]

3. The Ius Puniendi Issue: Towards an Individualistic-Collective Value Based Justification

ICL lacks a consolidated (supranational) punitive power in its own right; it is, in the words of some recent critics, a 'penal system without a State' and thus 'without a sovereign'.[30] Does this mean that ICL also lacks the power and legitimacy to make use of criminal law to impose punishment on individuals, i.e., does it lack a ius puniendi in its own right? The final answer is no, but we have to overcome some obstacles to get there.

A. ICL and the Normative Defence of the Incipient International Order

The international community today finds itself where the Nation-State stood when it came into existence: charged with the building-up and consolidation of a monopoly of power, i.e., at the stage of an incipient State-like order at best. Of course, the Nation-States as the classical subjects of international law are called on to enforce not only their domestic but also international criminal law.[31] They may

---

Law and International Community', in D Armstrong (ed), Handbook of International Law [Routledge 2009] 44, 45 [references omitted]; for a more profound study A Paulus, Die Internationale Gemeinschaft im Völkerrecht [Beck 2001]). A liberal concept of international community rests on the universal human rights as common values (ibid, 45, 48). For a similar value based approach KJ Fisher, Moral Accountability and International Criminal Law (Routledge 2012) 5-6 (referring to common liberal values but also common threats). Crit. of the concept as privileging the powerful (western) States M Koskenniemi, 'Between Impunity and Show Trials'(2002) 6 Max Planck Yearbook of United Nations Law 1, 10; conc. partly Fisher, ibid, 60-61.

[28] This is a three level system with priority given to the territorial and suspect State (first level) and subsidiary competence to the ICC (second level) and third States on the basis of universal jurisdiction (third level); see Ambos, Internationales Strafrecht (n 10) § 5, mn. 2 with further references in n 17.

[29] See for a profound analysis Ch. Burchard, ,'Völkerstrafrecht als global governance', (2008) 83 Die Friedens-Warte 73 (arguing that ICL means „governing or regulating beyond the nation state" and thus serves to evaluate, correct and sanction national governance shortcomings [74]).

[30] cf S Gless, 'Strafe ohne Souverän? ' (2007) 125 Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 24, 34 speaking of 'punishment without a sovereign'; in the same vein M Dubber, 'Common Civility – The Culture of Alegality in ICL' (2011) 24 LJIL 923, 928 ('penal regime without a state, and more generally without a sovereign'); crit. of the democracy and rule of law deficit Pastor (n 13) 99ff .

[31] This is also reflected in the relevant ICL treaties which regularly contain no directly applicable provisions but rather call on the States for the implementation of their punitive provisions. For a

delegate this power to an international criminal court by way of a treaty (ICC)[32] or by way of a Security Council resolution under Chapter VII of the UN Charter (ICTY, ICTR)[33] – although this does not automatically imply the creation of a new supranational sovereign power.[34] In addition, under the special legal regime of occupation the occupying power has the right to set up criminal tribunals as was done in Nuremberg, Tokyo or Iraq.[35] Yet, State delegation powers offer only a formal explanation of a supranational ius puniendi, they do not provide for normative reasons which would justify such a supranational authority in its own right.[36]

A normative approach must take on those theories for which the use of criminal law is predicated upon the existence of a State-like legal order, worthy of being

classical example of the decentralized implementation of ICL obligations to punish, see Art. V, VI, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (New York, 9 December 1948) 78 U.N.T.S., 277 ('Genocide Convention').

[32] See with regard to the ICC R Cryer, 'International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round?' (2005) 16 EJIL 979-1000, 985-986; M Melandri, 'The Relationship between State Sovereignty and the Enforcement of International Criminal Law under the Rome Statute (1998): A Complex Interplay' (2009) 9 International Criminal Law Review 531, 534, 536, 542-543, 544-545 (sovereignty through ICC); Milanovic (n 13) 45-47 (arguing that States can directly impose obligations on individuals by treaties but that they do not always intend to do so). With regard to a Transnational Criminal Court recently Boister (n 15) 312-314.

[33] Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1 (2 October 1995) §§ 26-48; Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, Prosecutor v. Kanyabashi, Case No. ICTR-96-15-T (18 June 1997) §§ 17-29. See from the vast literature for example E de Wet, The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council (Hart Publishing 2004) 340-342; WA Schabas, The UN Criminal Tribunals (2006) 47; F Patel King, 'Sensible Scrutiny: The Yugoslavia Tribunal's Development of Limits on the Security Council's Powers under Chapter VII of the Charter' (1996) 10 Emory International Law Review 509; D Schweigman, The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter (Kluwer Law International 2001) 108, 131-136; crit. J Davis, 'The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia was Established Illegally – but it was the Right Thing to Do... So Who Cares?' (2002) 28 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 395, 403ff ; crit. on the legislative authority of the Security Council M Fremuth and J Griebel, 'On the Security Council as a Legislator: A Blessing or a Curse for the International Community?' (2007) 76 Nordic Journal International Law 339.

[34] Rather, the delegating States remain always in control of this process; cf F Meyer, *Strafrechtsgenese in internationalen Organisationen* (Baden-Baden, Nomos 2012) 650-51.

[35] cf Fourth Geneva Convention of 1949, Art. 66 available at http://www.icrc.org/ihl.nsf/full/380. See also generally G Schwarzenberger (n 6) 289-291; Y Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (CUP 2009) 46. On Tokyo recently F Hisakazu, 'The Tokyo Trial: Humanity's Justice v Victors' Justice', in Y Tanaka, T McCormack and G Simpson (eds), *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited* (Martinus Nijhoff Publishers 2011) 3, 5-6.

[36] The same formal-material dichotomy exists with regard to European Criminal Law: While one may argue that with the enhanced position of the European Parliament as a legislator under the Lisbon Treaty there is no longer a democracy deficit of European (Criminal) Law, the normative legitimacy of such a supranational law continues to be controversial (see recently C Mylonopoulos, 'Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon – Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts' (2011) 123 ZStW 633, 636-637).

defended by (supranational) criminal law in the first place. The argument has in our times made with great force by the German legal theorist Günther Jakobs.[37] His argument goes like this: Punishment is predicated on an existing normative order, i.e., an order where norms are recognized by the society as a whole and determine the contents of social communication.[38] If such an order is absent or, as on the international level, only exists in an incipient stage, violent human acts are not directed against real norms, but are only the expression of brute force of a powerful individual or group of individuals against powerless victims. These may rise up against a despot, even kill him, but such reactions have nothing to do with punishment in the ordinary sense, even if meted out by an international criminal court. Speaking of punishment where the destruction of an existing (normative) order is not at issue, but such an order is, at best, still in the making, means ignoring the liberty of individuals, be it the perpetrators or the victims, which are not bound by any order in the first place. It confuses 'punishment in the State' with 'punishment in the natural state', 'criminal law' with 'mere punitive force', 'punishment through law' with 'punishment through force'.[39]

Jakobs' line of argument is irrefutable if one is willing to share his fundamental premise, i.e., that the existence of law and of any legal order is predicated on the existence of a State with the respective monopoly of power. This, of course, corresponds to the old Hobbesian view, according to which 'Law' cannot exist without the State as the Leviathan which creates this law and makes sure that it is enforced and thus recognized as 'law' in the first place.[40] Kant has taken the same view predicating the existence of law on its enforceability by a public power which disposes of the necessary force.[41] In a way, also Kelsen followed these views in his

---

[37] G Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft* (3rd edn, Duncker & Humblot 2008) 118 ('zerstören die Taten keine Wirklichkeit der Normen', 'schlicht Gewaltunternehmungen eines mächtigen Individuums gegen ohnmächtige Opfer'; speaking of criminal law in this context 'verkennt die Freiheit der nicht durch eine wirkliche Ordnung gebundenen Individuen'). See also G Jakobs, 'Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart', in A Eser, W Hassemer and B Burkhardt (eds), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick* (Beck 2000) 47, 54-56 (55: 'Es mag gute Gründe dafür geben, einen anderen in einen Rechtszustand zu zwingen, aber bevor das geschehen ist, fehlt eben der Rechtszustand. Straf*recht* vor einem funktionierenden Gewaltmonopol ist ein bloßer Name, kein Begriff.'). See also earlier G Jakobs, 'Untaten des Staates – Unrecht im Staat'(1994) 141 Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1, 13 ('Ohne staatliche Gewalt gibt es kein staatliches Recht').

[38] G Jakobs, 'Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung', in U Neumann and L Schulz (eds), *Verantwortung in Recht und Moral. ARSP-Beiheft 74* (Franz Steiner 2000) 57, 58-59; id, 'Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart' (n 37) 49.

[39] Jakobs (n 37 [in Eser et al.]) 55: 'Strafe im Staat' vs. 'Strafe im Naturzustand', 'Straf*recht*' vs. '*bloße* Straf*gewalt*', 'Rechtsstrafe' vs. 'Machtstrafe' (emphasis in original).

[40] T Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Blackwell 1960) Part II, 112-113, 172-176.

[41] I Kant, ‚Handschriftlicher Nachlass/Reflexionen zur Rechtsphilosphie - Ius publicum universale in genere' (c. 1772-1775), in: Preussische Akademie der Wissenschaften (ed), *Gesammelte Schriften.* vol XIX (1st edn, De Gruyter 1934) 482, available at http://www.korpora.org/Kant/aa19/482.html

Reine Rechtslehre[42] but he nevertheless accepted, given the existence of an albeit incipient international order at his time, represented mainly by the League of Nations and later the United Nations, that (international) norms can be enforced by sanctions and that these may be imposed by other entities than States, for example within the system of collective security pursuant to Chapter VII of the UN-Charter.[43] Admittedly, sociological positivists like Jakobs may go beyond a State-centred approach in that they require social recognition of norms,[44] but these must always be backed up or at least complemented by State-like enforcement as an expression of real validity or efficacy.[45] In any case, these (state-centred) views, of course, entail the rejection of international law as (public) 'Law'.[46] Further, ICL

('Demnach ist kein Recht ohne eine Unwiederstehliche Gewalt'); id, *‚Metaphysik der Sitten'* (1797), in Preussische Akademie, op. cit., vol VI (1st edn, Reimer1907) 231, available at http://www.korpora.org/Kant/aa06/231.html. ('… mithin ist mit dem Rechte zugleich eine Befugniß, den, der ihm Abbruch thut, zu zwingen, … verknüpft.').

[42] H Kelsen, *Reine Rechtslehre* (2nd edn, Franz Deuticke 1960) 10 (distinguishing between 'Geltung' [validity] and 'Wirksamkeit' ['efficacy'] and arguing that a 'minimum' of the latter is the prerequisite of the former ['ein Minimum an sogenannter Wirksamkeit ist eine Bedingung ihrer Geltung']) and 290 (State as a social community constituted by a normative order which, as the 'one' order can only be the 'relatively centralized coercive order' recognized as the State legal order ['Wird der Staat als eine soziale Gemeinschaft begriffen, kann diese Gemeinschaft, wie schon früher dargelegt, nur durch eine normative Ordnung konstituiert sein. Da eine Gemeinschaft nur durch *eine* solche Ordnung konstituiert sein kann (ja, mit dieser Ordnung identisch ist), kann die den Staat konstituierende normative Ordnung nur die relativ zentralisierte Zwangsordnung sein, die wir als staatliche Rechtsordnung erkannt haben.'; emphasis in the original]). Conc. with Kelsen's concept of law R Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Karl Alber 1992) 139-141, 201-206 (arguing that norms that are complied with and enforced have a higher degree of validity than those that are not).

[43] Cf. Kelsen, 'Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations' (1945/46) 31 Iowa Law Review 499, 500-502 (eg at 500: 'International law is law in the true sense of the term, for its rules, regulating the mutual behavior of states, provide sanctions to be directed against the state which has committed an international delict …'). See also on the State '*as something different from the legal order*' ('*als ein von der Rechtsordnung verschiedenes Wesen*') Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht* (Mohr 1922), at 208 (emphasis in the original).

[44] Jakobs (n 37 [in Eser et al.]) 58 (arguing that a norm is only effective if it determines social communication, i.e., if it formulates socially accepted and stable expectations ['Eine Norm *gilt*, wenn sie den Inhalt möglicher Kommunikation bestimmt, wenn also die an eine Person gerichtete Erwartung stabil ist.'; emphasis in the original]). For a similar approach see Hart (n 51). However, even Kelsen (contrary to Jakobs critique at ibid), (n 42) 11 acknowledges the importance of social recognition as he states that 'Wirksamkeit' does not only refer to the actual imposition and enforcement of a norm but also to compliance by the persons subject to it ['… daß die Sanktion in einem konkreten Fall angeordnet und vollstreckt wird, sondern auch …, daß diese Norm von den der Rechtsordnung unterworfenen Subjekten befolgt … wird.'].

[45] See the quotes in n 37.

[46] cf Kant, '*Zum ewigen Frieden*' (1795), in: Preussische Akademie (n 41) vol VIII (1st edn, Reimer 1912) 383, available at http://www.korpora.org/Kant/aa08/383.html. (distinguishing between public law coupled with enforcement and private law and stating re international law: 'Nur unter Voraussetzung irgend eines rechtlichen Zustandes (d. i. derjenigen äußeren Bedingung, unter der dem Menschen ein Recht wirklich zu Theil werden kann) kann von einem Völkerrecht die Rede sein …'). – See for a thorough discussion and critique of Kant's concept of international law (also

cannot exist – actually it is not law at all – because there is no State-like international order to enforce it and thus to be defended in the first place. Indeed, for these reasons George Schwarzenberger did not recognize ICL stricto sensu as lex lata but referred to it as 'lege ferenda' and called it a 'contradition in terms'.[47]

However, notwithstanding the apparently compelling logical sequence of Jakobs' argument, it is not compelling enough. It does not get the whole picture since it fails to do justice to the international limb of ICL. And it takes too narrow a perspective on the fundamental issue of the validity of (international legal) norms. To begin with the latter: Validity of norms may be predicated on their real, actual existence in a given society, but validity can also be linked to the material (normative/moral) foundation of their claim of being obligatory. In this sense one can distinguish between social and material validity or, what is the same for our purpose, (factual) validity and (material) legitimacy of norms.[48] In fact, the question of legitimacy plays a fairly important role in all theories of validity of norms, being that the theories of (law as) force are the exception to the rule.[49] Indeed, even for (moderate) positivists like Kelsen,[50] Hart[51] or Alexy,[52] the positive (empirically existing) law ultimately operates with a legitimacy reservation, i.e., it also requires a plausible claim of material (moral) validity. The famous Radbruch for-

referring to Hobbes and Kelsen) R Merkel, '«Lauter leidige Tröster»? Kants Friedensschrift und die Idee eines Völkerstrafgerichtshofs', in: R Merkel and R Wittmann (eds), «Zum ewigen Frieden». Grundlagen, Aktualität und Aussichten einer Idee vom Immanuel Kant (Suhrkamp 1996) 309, 312-327.

47 Schwarzenberger (n 6) 293, 295.

48 For a good summary of the debate see M Mahlmann, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (Nomos 2010) 248. See in this context also the threefold distinction between positivism (positive law), realisme (its practical application) and moralisme (justice, natural law) by U Neumann, 'Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel', in C. Prittwitz et al. (eds), *Festschrift für Klaus Lüderssen* (Nomos 2002) 109, at 112-114; concurring Y.-W. Kim, 'Vergangenheitsbewältigug durch das Strafrecht?' (1998) 84 *ARSP* 505 (515).

49 Mahlmann (n 48) 249-251 with detailed references. For a supra-positive concept of validity with regard to human rights see also Reuss (n 26) 8-9.

50 Kelsen (n 42) 7-8, 196-197, 200-209 arguing, on the basis of his juridical theory of validity ('juristische Geltungstheorie'), that any norm requires objective validity to be derived from a supreme 'Basic Norm' ('Grundnorm') whose own legitimacy however remains unclear, see crit. A Funke, 'Rechtstheorie', in J Krüper (ed), *Grundlagen des Rechts* [Nomos 2011] 45, 52).

51 HLA Hart, *Concept of Law* (2nd edn, Clarendon Press 1994) 211-212. Hart however misses in international law, in line with his positivist approach (for a masterful summary see Mahlmann (n 48) 148-150), a 'unifying rule of recognition specifying "sources" of law and providing general criteria for the identification of its rules.' (214); although he admits that international law is 'in a stage of transition towards acceptance' of generally recognized rules (236).

52 Alexy (n 42) 70-117, 201-206 discussing the 'Unrechtsargument', following Radbruch's argument of the limits of flawed law (n 54) and limiting his concept of a 'by and large socially efficient constitution' ('im großen und ganzen sozial wirksamen Verfassung') by the criterion of 'extreme injustice' ('extreme Ungerechtigkeit').

mula, starting from the validity of positive law in principle[53] but setting a limit to unbearable 'flawed law' ('unrichtiges Recht') by recourse to a principle of material justice ('Gerechtigkeit'),[54] is but another consequence of this legitimacy reservation. In international law, the power of legitimacy is recognized at least since Thomas Franck's seminal study on the subject.[55] Thus, while there is a tension between validity and legitimacy, the latter is making'room for something grander.'[56] Pluralist accounts of international law go even further and recognize – in contrast to the State-centred, top-to-bottom approach of the so-called realist, interest based theories – different sources of international law outside the realm of State authority with 'varying degrees of impact'.[57] The 'jurisgenerative' force of non-State social processes[58] is particularly dependant on and, at the same time, advanced by the moral authority of norms,[59] i.e. their legitimacy.

From this broader perspective Jakob's approach can and in fact has been rightly criticized[60] for he puts 'validity' (in the sense of Geltung in a material-normative

---

53 On Radbruch as a positivist see K Adomeit, *Rechts- und Staatsphilosophie II. Rechtsdenker der Neuzeit* (2nd edn, Müller 2002) 148, 161; crit. Mahlmann (n 48) 153.

54 Accordingly the 'precedence' of 'positive law, (…) even when its content is unjust and fails to benefit the people' ceases to exist if 'the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as «flawed law», must yield to justice.' (G Radbruch, 'Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht' [Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law] [1946] 1 Süddeutsche Juristenzeitung 105, 107; for an english translation see [2006] 26 Oxford J Legal Studies 1, 7). For an analysis see eg Neumann (n 48) 115-6 with further references in fn 24.

55 T Franck, *The Power of Legitimacy among Nations* (OUP 1990) 24-26 (arguing on 25 that nations obey rules '[B]ecause they perceive the rule and its institutional penumbra to have a high degree of legitimacy.'). See also M Koskenniemi, 'Legal Cosmopolitanism: Tom Franck's Messianic World' (2003) 35 New York University Journal of International Law and Politics 471, 480 speaking of the 'common sense of values'.

56 Koskenniemi, 'Legal Cosmopolitanism: Tom Franck's Messianic World' (n 55) 480.

57 See instead, of many PS Berman, 'A Pluralist Approach to International Law'(2007) 32 YJIL 301, 302, 307, 311-322 (discussing the 'new' New Haven school of Yale University and the different areas where pluralism operates, in particular where a disaggregation of the State can be identified). On the basis of legal pluralism Greenawalt (n 20) 1064, 1122-1227 advocates a four-tiered, pluralist theory of ICL; however, his approach, does not capture the full variety of (non-State) norm creation in ICL and is, as to the parallelism between international and domestic criminal law, only a result of the recognition of traditional general principles (derived from national law) in the default rule of Art. 21(3)(c) ICCSt. In any case with Greenawalt the pluralism debate has reached ICL, for a recent overview see E. van Sliedregt, 'Pluralism in ICL', (2012) 25 *LJIL* 847 (invoking, *inter alia*, at 850 Pauwelyn's metaphor of a universe of interconnected islands).

58 Berman (n 57) 322. See also P Kastner, 'Towards internalized legal obligations to address justice and accountability? A novel perspective on the legal framework of peace negotiations', (2012) 23 *CLF* 193, at 218-9 on the 'jurisgenerative' force of consensus-oriented negotiations within the framework of peace processes entailing, in the best case, fidelity to the norms agreed upon.

59 Berman (n 57), 324-326.

60 Crit. in the context of ICL C Stahn and SR Eiffler, 'Über das Verhältnis von Internationalem Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht anhand des Statuts von Rom' (1999) 82 Kritische Vierteljahresschrift 253, 254; crit. with regard to Hobbes H Bielefeldt, *Philosophie der Menschenrechte* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1998) 153ff ,156.

sense) and 'order' (Ordnung) on an equal footing[61] and thus ignores the potential force of norms as per their material, normative legitimacy, independent of an enforcement order in the form of a State or otherwise. In fact, such a concept of validity/existence of norms does not only negate the possibility of law at the international level, but also quite often at the domestic level, namely with regard to those States which do not possess a fully functioning monopoly of (State) power and/or where norms do not enjoy full social recognition. The criminal law of these States would then not even accord a normative value due to the absence of enforcement power.

As to ICL's international limb, the more fundamental question arises as to whether it makes sense at all to apply the theories of validity of norms, developed with the classical Nation-State in mind, to a supranational order which follows different rules of organization than a Nation-State. In any event, Jakobs and similar critics usually argue from a classical State-centred and national law perspective and are unconcerned with the complex subtleties of the emerging international order (which, of course, did not exist at the time of the Hobbesian and Kantian critique of the possibility of an international 'Law') and the ensuing judicialization of international law.[62] Neither do they inquire into the role and competence of the UN Security Council in the UN's system of collective security, in particular with regard to the establishment of international criminal tribunals and the enforcement of their decisions and judgments, nor do they deal with the possibility of decentralized prosecutions by Third States. Thus, they ignore, in a slightly thoughtless way, that there is already an existing, albeit incipient, supranational (legal) order[63] at work – as one expression of the institutionalization or even constitutionalisation of international law[64] where community interests prevail over

---

[61] Jakobs (n 37) 54. In a similar vein id, 'Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung', in: U Neumann and L Schulz (eds), *Verantwortung in Recht und Moral* (Steiner 2000) 57, 58-59 on Kelsen's thesis of the 'Grundnorm'.

[62] See on this judicialization and an'international constitutional judiciary' T Broude, 'The Constitutional Function of Contemporary International Tribunals, or Kelsen's Visions Vindicated', (2012) 4 Goettingen Journal of International Law (GoJIL) 519, at 528ff (discussing at 536ff by way of example the ICJ, the WTO dispute settlement system and ECtHR).

[63] See eg O Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung* (2nd edn, Beck, 2002) 279 ('globaler Ultraminimalstaat'); Koskenniemi, 'Legal Cosmopolitanism: Tom Franck's Messianic World' (n 55) 485 (emerging global community '*irresistibly* under way' [emphasis in the original]); J Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay* (Suhrkamp 2011) 34 ('in Bruchstücken institutionalisierte Weltordnung'). See also Merkel (n 46) 327 (recognizing, after his critique on the too 'rigid' Kantian concepts of 'Law' and 'Sovereignity', international law as 'unvollkommene … defizitäre, aber … doch *Rechts*ordnung'; emphasis in the original).

[64] There are, of course, different constitutionalist approaches. See already, as perhaps the most important precursor of the contemporary debate, A Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (Springer, 1926) and for a modern version of this markedly legalistic position B Fassbender, *The UN Charter as the Constitution of the International Community* (Nijhoff, 2009), discussing Verdross at pp. 28ff (see more recently also T Kleinlein, 'Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism' (2012) 4 GoJIL 385 and A O'Donoghue, 'Alfred Verdross and the Contemporary

unilateral or bilateral state interests.[65] In fact, it is not overly idealistic to claim that the different mechanisms of criminal accountability, existing both at the national and international level, have merged into the already mentioned international criminal justice system[66] which may be considered either the product of a certain normative criminal law order or in and of itself amount to such an order.[67]

B. Enforcement of Fundamental Human Rights by ICL

The argument that there is a normative international order, based on certain values worthy of being defended by ICL, can be traced back to the Kantian idea of human dignity as a source of fundamental human (civil) rights which, ultimately, must be enforced by a supra- or transnational (criminal) law.[68] For Immanuel

Constitutionalization Debate' (2012) 32 Oxford J Legal Studies 799). For a comprehensive treatment of the debate T Kleinlein, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht* (Springer 2012) espec. 5-97 and the special issue of (2012) 4 GoJIL 343-647 with an excellent introduction by T. Broude and A.L. Paulus at 349 ff. Kleinlein, op.cit., offers a thorough discussion of the conditions of a 'constitutionalization' (as opposed to 'fragmentation') of international law distinguishing between an (autonomous) 'order of values' (in the sense of the concept of international community used here, n 27) and the institutionalization within international organizations. He identifies as the most important precursors of the constitutionalization debate the writings of Kelsen, Lauterpacht, Verdross and Scelle (ibid, 157-234, 694-695, 708) and sees its roots in the theories of natural law (Spanish late scholasticism and German rational philosophy) and in Kant's philosophy of the Enlightenment (ibid, 235-314, 695-696, 709). The common thread in these theories is the development of a supranational order (*totus orbis, communitas humani generis, civitas dei, civitas maxima*) which can be traced back to individual (human) rights, i.e., which marks the transfer of international law from a neutral, inter-state law to a law for human beings (311, 314, 686). Kleinlein concludes, however, that one should rather speak of a 'constitutionalization *in'* instead of a 'constitutionalization *of* international law' (emphasis added). The constitutionalization debate offers above all criteria for the legitimacy of international law (685). For an application of constitutional thinking to the pluralist international legal order G Ulfstein, 'The relationship between Constitutionalism and Pluralism' (2012) 4 GoJIL 575; in a similar vein speaking of 'constitutional pluralism' L. Viellechner, 'Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law' (2012) 4 GoJIL 599, at 620; for a functional approach to 'constitutionalize' international law M Kotzur, 'Overcoming Dichotomies: A Functional Approach to the Constitutional Paradigm in Public International Law', (2012) 4 GoJIL 558. Crit. of 'global constitutionalism' C Volk, 'Why Global Constitutionalism does not Live up to its Promises' (2012) 4 GoJIL 551 (arguing that it is a 'de-politicized mode of global governance' ignoring the 'contingency of political processes' and the 'political character of international law and decision-making' and instead calling for 'a version of constitutionalism which gives place to dissent and political struggle' [at 567], 'a republicanism of dissent' [570]). Crit. with regard to the European Union D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II - Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung* (Suhrkamp 2012) 239-40, 261.

[65] See for a summary B Simma, 'Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner' (2009) 20 EJIL 265, 267-8, albeit critical of the need of a 'constitutionalization' at 297.

[66] See n 28.

[67] Interestingly, the French courts in the Barbie trial invoked the existence of an ICL order (Crim., 6 oct. 1983, Gaz. Pal. 1983, 710, 711-2; available at http://legimobile.fr/fr/jp/j/c/crim/1983/10/6/83-93194/; visited at 6 February 2012).

[68] But note that for Kant such an (international) law was predicated on the existence of a public power to enforce it (n 40 and main text).

Kant, dignity is opposed to value: everything which is replaceable has relative worth or value, but that which cannot be replaced has intrinsic worth or dignity. Accordingly, anything which is a mere means to satisfy wants has value; and that which constitutes the condition under which anything can be an end in itself has dignity. Thus, dignity is intrinsic, deontological and non-negotiable (replaceable), it is the basis of the individuality and the mutual recognition (inter-personal relationship) of the members of a society.[69] Human dignity so understood is a self-sufficient, humanist concept which claims recognition and respect for and among human beings based on their status as persons with common peculiar characteristics (e.g. reason).[70] It accords any person a legal status for being human, independent and before the existence of community constituted as a State. It conceives of the State as a rational, instead of national, State whose authority is based exclusively on the rule of law.[71]

---

[69] I Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797) (n 41) 462, available at http://www.korpora.org/Kant/aa06/462.html: 'Die Menschheit selbst ist eine Würde; denn der Mensch kann von keinem Menschen (weder von Anderen noch sogar von sich selbst) blos als Mittel, sondern muß jederzeit zugleich als *Zweck* gebraucht werden, und darin besteht eben seine *Würde* (die *Persönlichkeit*), dadurch er sich über alle andere Weltwesen, die nicht Menschen sind und doch gebraucht werden können, mithin über alle Sachen erhebt. Gleichwie er also sich selbst für keinen Preis weggeben kann (welches der Pflicht der Selbstschätzung widerstreiten würde), so kann er auch nicht der eben so nothwendigen Selbstschätzung Anderer als Menschen entgegen handeln, d. i. er ist verbunden, die Würde der Menschheit an jedem anderen Menschen *praktisch anzuerkennen*, mithin ruht auf ihm eine Pflicht, die sich auf die jedem anderen Menschen nothwendig zu erzeigende *Achtung* bezieht.' (emphasis added); id, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), in Preussische Akademie (n 41) vol IV (Reimer 1903), available at http://www.korpora.org/Kant/aa04/428.html – However, his previous race theory, distinguishing between a core or basic tribe ('Stammgattung', whites of brunette colour) and ordering four races in a hierarchical manner (the first being the highly blond of Northern Europe of wet cold areas and the last being the olive yellow Indians of dry heat areas), does not fit well in this conception (I Kant, *Von den verschiedenen Rassen der Menschen* [1775], in Preussische Akademie (n 41) vol II [Reimer 1905] 427-443, available at http://www.korpora.org/Kant/aa02/443.html). Apparently, Kant overcame this hierarchical order of races in his later works then recognizing human rights as rights of all people (cf P Kleingeld, 'Kant's second thoughts on race' [2007] 57 Philosophical Quarterly 573).

[70] cf Mahlmann (n 48) 309-11. On the religious (theological) and philosophical (Kantian) sources of the concept see M Dan-Cohen, 'A Concept of Dignity' (2011) 44 IsLR 9, 10-7 (arguing that there are a number of dignity concepts); on dignity as a 'foundational value' J Kleinig, 'Humiliation, Degradation, and Moral Capacity: A Response to Hörnle and Kremnitzer'(2011) 44 IsLR 169, 179-82. On the impact of the concept on substantive criminal law M Kremnitzer and T Hörnle, 'Human Dignity and the Principle of Culpability' (2011) 44 IsLR 115; id., 'Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law' 44 (2011) IsLR 143ff.; on the impact on criminal procedure W Hassemer, 'Human Dignity in the Criminal Process: The Example of Truth-Finding'(2011) 44 IsLR 185; T Weigend and K Ghanayim, 'Human Dignity in Criminal Procedure: A Comparative Overview of Israeli and German Law' (2011) 44 IsLR 199.

[71] cf R Zaczyk, 'Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum Begriff „fragmentarisches Strafrecht"' (2011) 123 ZStW 691, 694-5 apart from Kant also referring to Locke and Rousseau.

Kant's conception of human dignity is complemented by his vision of an 'e-ternal peace'.[72] To be 'eternal', i.e., permanent and sustainable, such a peace pre-supposes the fulfillment of at least two conditions: most importantly, that the States have a republican constitution guaranteeing the liberty and equality of their citizens as 'inalienable rights';[73] further, a world citizen law (Weltbürgerrecht) which entails the 'right of hospitality' (Recht der Hospitalität),[74] i.e., that each citizen must not to be treated hostile by another State.[75] From this, as rightly ar-gued by Klaus Günther,[76] a two step-argument follows: First, a just and thus per-manent peace is predicated on the recognition and respect for the rights of the citizens, i.e., in modern language, human rights. Secondly, violations of these rights have to be stigmatized as serious wrongs and punished. Also, what is im-portant in Kant's idea of a Weltbürgerrecht is the recognition of a (minimum) set of rights of each person, overcoming the individual's classical mediatisation within the State order and in a world order between States.[77] In sum, with this concepti-on, Kant laid the foundations for all current conceptions of human dignity and world peace. Indeed, the human dignity concept found its way into national legal instruments the 19th century[78] and into international instruments in the 20th century.[79] Thus, it was formally recognized as a legal concept and constitutes the basis and moral source of any subsequent codification of human (civil) rights. It serves as an interface between moral and positive law, preparing the ground for a transition from moral to (subjective) rights.[80]

---

[72] I Kant, *Zum ewigen Frieden* (1795/96) (n 46) 341-360, available at http://www.korpora.org/Kant/aa08/431.html.
[73] ibid, 350.
[74] ibid, 357.
[75] The limitation to the right of hospitality may be explained by the historical fact that at the time of Kant's writing, visit in a foreign country was the only point of contact with a foreign sovereign power (Kleinlein [n 64] 302).
[76] K Günther, 'Falscher Friede durch repressives Völkerstrafrecht?', in W Beulke and others (eds), *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts* (Berliner Wissenschafts-Verlag 2009) 79, 83-85. In a similar vein Merkel (n 46) 348-349 sees arguments in favor of an International Criminal Court already in Kant's work on the eternal peace
[77] Kleinlein (n 64) 301-303, 695-696, 709.
[78] See the French 'Decree of the abolition of the slavery' of 27 April 1848 (slavery as an attempt on human dignity; quoted by Ch McCrudden, 'Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights' [2008] 19 EJIL 655, 664) and § 139 *Paulskirche Constitution* of 1848 (respect for human dignity even in case of criminals; quoted by Habermas (n 63) 15).
[79] On an international level most prominently in Art. 1, *1948 Universal Declaration of Human Rights* (referring to 'human beings … free and equal in dignity and rights.'); cf McCrudden (n 78) 665-666.
[80] cf Habermas (n 63) 15-38 (16: 'moralische Quelle, aus der sich die Gehalte alle Grundrechte spei-sen'; 21: 'Scharnier, welches die Moral der gleichen Achtung für jeden mit dem positiven Recht … so zusammenfügt, dass … eine auf Menschenrechte gegründete politische Ordnung hervorgehen konnte.'; 23: 'Verbindung … über das begriffliche Scharnier der Menschenwürde …'; 26: 'überträgt den Gehalt einer Moral der gleichen Achtung für jeden auf die Statusordnung von Staatsbürgern, die … als *Subjekte gleicher einklagbarer Rechte* anerkannt werden.' [emphasis in the original]; 37: 'Moral,

Following Kant, a series of other, in particular German, scholars have argued that the State and the international community is called upon to protect the human dignity by way of criminal law.[81] According to Max Weber, human dignity is the origin of each criminal law system and a prerequisite to guarantee its functionality and ability to fight crime effectively.[82] Katrin Gierhake claims to encounter the foundations of ICL in Kant's legal doctrine of the autonomy of the free and reasonable subject.[83] She considers that international punishment compensates, on the individual level, for the material injustice brought about by an international

---

deren Gehalte über die Idee der Menschenwürde längst in die Menschen- und Bürgerrechte … Eingang gefunden haben.‘); conc. recently Reuss (n 26) 43, 66-67, 69.

[81] See – in addition to the following authors – for example J Wolter, 'Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem', in B Schünemann and J de Figueiredo Dias (eds), *Bausteine des europäischen Strafrechts - Coimbra Symposium* (Heymanns, 1995) 3, 4ff, 13; J de Figueiredo Dias, 'Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystems', in ibid, 357-366, 358. For the same result C Roxin, 'Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft‘, in Eser, Hassemer and Burkhardt (eds) (n 37) 369-395, 389-390 (stressing the need to punish international crimes unreservedly). See also Stahn and Eiffler (n 60) 267*ff.* (268, 277) identifying a 'Wertekonsens der internationalen Gemeinschaft‘ and Paulus, *Die Internationale Gemeinschaft im Völkerrecht* (n 27) 260-262 considering ICL as an 'expression of a minimal consensus' of the international community with regard to the fundamental human rights. For a combination of the Kantian idea of a global peace with the punishment of serious international crimes Zaczyk (n 71) 705; in a similar vein F Melloh, *Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts* (Duncker & Humblot 2010) 84. – GP Fletcher and JD Ohlin, *Defending Humanity* (OUP 2008), apply the Kantian theory of self-defence in criminal law – as a defence not only of one own rights but (also) of the legal order as a whole (at 76, 79, 83-85) – to the international order, and advocate on this basis a presumptive right of every State to intervene against aggression (until the Security Council takes action under Chapter VII, at 44-45, 76-78, 84-85) and – more relevant in our context – humanitarian intervention in defence of national groups (but not the human rights of individuals, at 129, 133-134, 145-147). For a very thoughtful critical review see G Binder, 'States of War: Defensive Force Among Nations' (2009) 7 Ohio State Journal of Criminal Law 439, 439 basically arguing that the Kantian analogy is flawed on its premise since there exists no international legal order in the Kantian sense of a liberal, republican State in the first place (at 442-446, 461). Crit. of a pure human rights based approach also M Köhler, 'Zum Begriff des Völkerstrafrechts‘(2003) 11 Jahrbuch für Recht und Ethik 435, 451-454 for whom the (truly) 'universal crime‘ consists in the 'negation of the constitutional and at the same time international legal capacity (…) of a collective entity (people) or state' ('Negation der Verfassungs- und zugleich Völkerrechtsfähigkeit (…) eines Verbandes [Volkes] bzw. Staates', at 457; transl. K.A.). For Köhler ICL (the 'universal crime') can only be justified if it affects the 'basic relationship as defined by public international law' ('Völkerrechtsverhältnis'), i.e., if it negates the legal status or subjectivity of a collective entity (group, people, state), as for example by the crime of genocide and certain (universal) crimes against humanity. If the respective crime does not affect this 'Völkerrechtsverhältnis', eg in the case of non-international armed conflict crimes, ICL finds its limit in the – insofar as they exist – inalienable state sovereignty of this basic international law relationship (ibid, 454-463). Contra Köhler Jesse (n 20) 66-67.

[82] Max Weber, *Gesamtausgabe Max Weber – Abteilung 1, Band 22, Teilband 3: Recht* (Mohr Siebeck, 2010) 599ff Conc. H-G Soeffner, 'Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen‘, in K Amelung (ed), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft* (Pro Universitate 2000) 13, 27.

[83] In a similar vein focusing on the self-determination of the autonomous individual as the starting point of any legitimate basis of a public criminal law Meyer (n 34) 653-6, 694-6, 930-2.

crime with regard to the inter-personal relationship of citizens; on the general, universal level, supranational punishment operates as a restitution of the universal law and peace, equally violated by the international crime.[84] Thus, the international wrong has to be negated by way of (supranational) punishment.[85] In a similar vein, Reinhard Merkel[86] and Klaus Günther[87] demand stigmatization and punishment with a view to the confirmation and reinforcement of fundamental human rights norms. Last but not least, Frank Neubacher sees the legitimacy of international criminal tribunals in the gravity of the crimes to be prosecuted and thus the protection of universal legal interests.[88]

Other scholars employ a more cosmopolitan vision which can also be traced back to the Kantian idea of a Weltbürgerrecht,[89] and to his concept of human dignity, focusing on people instead of States as subjects of the international order.[90] Human dignity is here also understood as a moral source of subjective rights of all people,[91] of universally recognized human rights[92] which ultimately have to

---

[84] K Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre* (Duncker & Humblot 2005) 165-166, 297, 299 and passim.
[85] ibid, 287.
[86] Merkel (n 46) 348-349 (referring to Kant's Eternal Peace), 344-345 (recognizing a normative hierarchy between [ius cogens] norms of the universal State community and the legal power of one of its members) and 349-350 (confirmation of norms by ICL).
[87] (n 76)
[88] Neubacher (n 19) 415ff.
[89] See, apart from the following, also A Garapon, 'Three Challenges for International Criminal Justice' (2004) 2 JICJ 716 (arguing for a cosmopolitan, human rights based approach); Reuss (n 26) 18-20, 54-55 (claiming a right of self-defence of world citizens against State violence and the *ius puniendi* of the civil world [citizen] society). On Kant's ultimate aim of a 'cosmopolitan republic' (not a multi-level legal order as a precursor to a League of Nations with supranational powers) see recently P-A Hirsch, 'On the (Im)Possibility of a Constitutionalization of International Law from a Kantian Point of View' (2012) 4 GoJIL 479, 483ff (500ff).
[90] cf J Rawls, *The Law of Peoples* (Harvard University Press 1999) 23ff and passim. In a similar vein A Buchanan promotes 'a conception of international law grounded in the ideal of protecting the basic rights of all persons' (A Buchanan, *Justice, Legitimacy and, Self-Determination: Moral Foundations for International Law* [OUP 2004] 290). See also Koskenniemi, 'Legal Cosmopolitanism: Tom Franck's Messianic World' (n 55) 473 distinguishing 'cosmopolitans' from 'internationalists' in that the former 'had little faith in States and saw much more hope in increasing contacts between peoples.' Last but not least, a (pluralist) conception of international law focusing on micro legal processes at the grassroots level also starts from the people (bottom) instead of the State (top), see Berman (n 57) 306 referring to Michael Reisman's approach. For such a bottom-to- top approach most recently also Reuss (n 26) 68-69 ('horizontal' human rights between and from human beings), further arguing that the rights coupled to the individual's position as subject of international law also entails duties (71-78).
[91] See n 81.
[92] J Waldron, 'How to Argue for a Universal Claim' (1999) 30 Columbia Human Rights Law Review 305, 313 ('some human rights standards ... upheld everywhere in the world.'). This view is also taken by some eminent practitioners, see eg L Arbour, *The Rise and Fall of International Human Rights*, (International Crisis Group lecture, 27 April 2011), http://www.crisisgroup.org/en/publication-type/speeches/2011/the-rise-and-fall-of-international-human-rights.aspx accessed 11 August 2012 ('So we see at play in North Africa, and increasingly more broadly in the Arab world, what their authoritarian masters had always been hard at work to deny: the universality and indivisibility of

be protected by a universal, interculturally recognized[93] criminal law.[94] It is a form of cosmopolitanism based on principles of reason with a claim of universal validity.[95] Indeed, there is a unique mixture of a concrete consideration and an abstract claim which dismisses any general relativistic cultural challenge,[96] partly as a result of post-modern theories of legal pluralism.[97] The concrete consideration consists of the reference to concrete violations of fundamental human rights, translated into severe crimes against fundamental legal values of humanity and codified as international core crimes in Art. 5-8 of the ICC Statute, which can hardly be ap-

---

human rights.'; available at http://www.crisisgroup.org/en/publication-type/speeches/2011/the-rise-and-fall-of-international-human-rights.aspx).

[93] See for example D Rössner, 'Kriminalrecht als Kontrollinstitution', in O Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? - Ein philosophischer Versuch* (Suhrkamp 1999) 121, 137 ('Bei einer menschenrechtlichen Rechtfertigung und Inhaltsbestimmung des Kriminalrechts ist eine kulturübergreifende Strafbefugnis ... zweifellos gegeben.'); W Hassemer, 'Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts', in Höffe, ibid, 157, 174-175, 179-180 (agreement regarding 'Ächtung grundlegender Rechtsverletzungen', criminal law as 'menschenrechtsschützende Antwort') but more cautiously at 172-173 ('Anfang einer Entwicklung ...' in welcher der 'große Fremde' sich uns anverwandelt und wir uns ihm ...'). Critical of the idea of an intercultural criminal law Pastor (n 13) 116ff; also S Scheerer, 'Die Kriminalstrafe als Kulturerbe der Menschheit?', in Eser, Hassemer and Burkhardt (n 37) 345-355, 347 arguing that the universality of criminal law is only a "Mythos". On the theoretical framework see D. Demko, '"Strafrechtskulturen" im Kontext von Europäisierung und Internationalisierung des Strafrechts', in J.-B. Ackermann/F. Bommer (Hrsg.), Liber Amicorum Martin Vonplon (Schulthess 2009), 95 ff.; J. Vogel, 'Transkulturelles Strafrecht', (2010) 157 GA 1 ff.

[94] From this the duty to prosecute and punish often alluded to in human rights law (see instead of many D Orentlicher, 'Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime' [1991] 100 YJIL 2537, 2537ff.) follows as a corollary.

[95] Koskenniemi, 'Legal Cosmopolitanism: Tom Franck's Messianic World' (n 55) 475-477 distinguishing between three types of cosmopolitanism (deep-structural, rational/principled and postmodern/legal pluralist).

[96] In a similar vein rejecting the relativistic challenge to a universal concept of human rights MJ Perry, 'Are Human Rights Universal? The Relativist Challenge and Related Matters' (1997) 19 Human Rights Quarterly 461 (471: 'Human beings are all alike in some respects that support generalizations both about what is good and about what is bad, not just for some human beings, but for every human being') and Bielefeldt (n 60) 10*ff.* (12-13), 17, 115*ff.* (145*ff.*) (identifying a 'core of an intercultural, overlapping consensus'); in a similar vein Fisher (n 27) 61; Mahlmann (n 48) 317-320.

[97] This is, in a way, the flip side of the pluralist, democratic, grassroots account discussed above (n 57 and main text): Legal pluralism is a descriptive, not normative theory; it does not provide for a hierarchy of norms but accepts all the norms and sources recognized, in principle, as equal; see Berman, (n 57) 327-328. Of course, there must be at least some order; see in this sense for an 'ordering pluralism' M Delmas-Marty, *Ordering Pluralism – A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World* (Naomi Norberg tr, Hart Publishing 2009 [translation from French]); instructive review by M. Kubiciel, 'Book Review: Mireille Delmas-Marty, Ordering Pluralism – A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World, Hart Publishing, Oxford 2009' (2011) 22 CLF 433. Also, if one believes in the moral authority of norms (n 59 and main text) there is a limit to relativism, namely if fundamental human rights and international core crimes are at stake (cf Delmas-Marty, ibid, 104 arguing that '[C]riminalisation seems to be imposed by the universalism of values, which leads to punishing the "worst" international crimes.'; conc. Kubiciel, ibid, 438).

proved of by any culture.[98] The abstract claim refers to the underlying moral position of the universal reach of these fundamental human rights and their punishment as international core crimes.[99] As a philosophical universalist position, it cannot be geographically restricted or culturally challenged since there is 'nothing about the way in which moral judgments are formed (...) which restricts the range of their appropriate application'.[100] Or, in other words, the validity of a moral claim is independent from its historic-geographical roots.[101] Indeed, nobody would seriously claim that Einstein's theory of relativity applies only in Switzerland since it was mainly the fruit of Einstein's Swiss years.

In line with this argument, Tübingen philosopher Otfried Höffe has proposed a philosophical justification of an international criminal order based on human rights and justice as universally and interculturally recognized principles. In his view, the protection of human rights is the most important duty of the complementary world republic and this protection must ultimately be secured by a world criminal law.[102] Protection by criminal law is the flip side of the prohibition of conduct violatory of human rights.[103] The legitimacy of this world criminal law can be guaranteed by limiting its application to the protection of the most basic human rights - to a kind of 'ethical minimum' (Minimalmoral).[104] Such a criminal law, grounded in human rights in normative terms and universally recognized by and adaptable to all cultures, is itself intercultural and thus may be applied across nations and cultures on a universal scale.[105] In a similar vein, Jürgen Habermas defends a concept of human dignity which serves as a moral source of enforceable (subjective) human (civil) rights.[106] It is complemented by a theory of a cosmo-

[98] Also Islamic scholars recognize that there is 'a sufficient degree of cultural consensus regarding … the protection and promotion of human rights…' (AA An-Na'im, 'Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cultural, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment', in id, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives* [University of Pennsylvania Press 1992] 27).

[99] The fact that States frequently fail to punish such crimes is generally due to reasons related to national power politics and less to an (open) rejection of the underlying value systems.

[100] Waldron (n 92) 307 distinguishing on this basis between respectable concrete (relevant) and disrespectable general (irrelevant) relativist challenges (307-309).

[101] cf Mahlmann (n 48) 318.

[102] Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung* (n 63) 296*ff*.

[103] Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?- Ein philosophischer Versuch* (n 93) 78-79.

[104] Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung* (n 63) 35, 368-369 („Die Rechtfertigung eines weltstaatlichen Strafrechts verbindet sich mit dessen Einschränkung auf den Schutz der Menschenrechte").

[105] Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?- Ein philosophischer* Versuch (n 93) 107-108 („Rechtskulturen, die so grundsätzlich anders sind, daß sie die menschenrechtlich begründbaren Delikte gar nicht kennen, sind schwer zu finden; eher dehnt man den Umfang der Strafbefugnis aus. ... Das, wofür wir uns nachdrücklich einsetzen, finden wir in anderen Kulturen auch; insbesondere über das, worüber wir uns empören, empören sich die Menschen anderswo ebenfalls"); Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung* (n 63) 370.

[106] See (n 80) with main text. See already J Habermas, *Die Zeit* (Hamburg, 29 April 1999) 1, 6-7, 7 (human rights as subjective rights 'which have to be implemented in a legal sense.' ['die im juris-

politan community with world citizens and States as legal subjects whose primary purpose is to safeguard world security and fundamental human rights as minima moralia.[107] On this basis he argues that the 'establishment of a world citizen State of affairs' entails that 'infringements of human rights (…) are to be prosecuted as criminal acts within a domestic legal order.'[108]

Anglo-American theorists come to similar results, albeit focusing more strongly on international law considerations. Some start from a State's duty to protect basic human rights and thus punish offenders. Failing to do so, a State cannot legitimately object to (international) humanitarian intervention in the form of supranational prosecutions and punishment. It loses, from a sovereignity perspective, the legitimacy to invoke the (absolute) sovereignity defence.[109] In fact, this line of argument is based on the understanding of the international community as a community bound together by common values[110] and the existence of an international constitutional order rooted in the same values (constitutionalization thesis).[111] A value-based international community does not only stand for 'State values' but also for 'community values' of concern to humankind as such, e.g. universal peace and the protection of fundamental human rights. As to the latter there exists a minimum, 'overlapping' consensus[112] regarding the universal normative validity of fundamental human rights.[113] As a consequence, the international community, as the holder of the international ius puniendi, has a right to take

tischen Sinne implementiert werden müssen.'; translation K.A.]; yet, only if the human rights have found their 'seat' ['*Sitz*'] in a global legal order, similar to the fundamental rights of our constitutions, 'we can take it for granted at the global level that the addressees of these rights will at the same time be considered as their agents.' ['werden wir auch auf globaler Ebene davon ausgehen dürfen, daß sich die Adressaten dieser Rechte zugleich als deren Autoren verstehen können.']).

[107] Habermas (n 63) 82-96 (86, 92-93). Of course, Habermas acknowledges that his theory has a utopian element given the current, incipient state of the international order (see already n 63) and the cultural contingency of a transnationalization of peoples' sovereignty (ibid, at 89 acknowledging that the lack of a common culture makes a transnationalization difficult); see also Habermas (n 106) where he speaks of a 'sub-institutionalization of the world citizen law' ('Unterinstitutionalisierung des Weltbürgerrechts').

[108] Habermas (n 106) ('angestrebte Etablierung eines weltbürgerlichen Zustandes' means that 'Verstöße gegen die Menschenrechte ... wie kriminelle Handlungen innerhalb einer staatlichen Rechtsordnung verfolgt werden.').

[109] In the same vein Paulus, 'International Law and International Community' (n 27) 49. – The sovereignty argument, of course, presupposes that one accepts the underlying concept of absolute sovereignty in the first place; for a more flexible, relative concept and a discussion see Cryer (n 32) 981-982.

[110] See already n 27.

[111] See n 64.

[112] In the sense of John Rawls' concept of an 'overlapping consensus of reasonable comprehensive doctrines', i.e., between different political or moral conceptions in a pluralist, liberal society (J Rawls, *Political Liberalism* [Columbia University Press 2005] 133-134).

[113] Paulus, *Die Internationale Gemeinschaft im Völkerrecht* (n 27) 254-260.

criminal action against the perpetrators of the international core crimes.[114] The existence of an international legal framework in the sense of a 'constitutional order', which protects certain common values, in particular fundamental human rights, entails, as just mentioned, a limitation of classical State sovereignty (in the sense of a genuine domaine resérvé) in that States can no longer claim this right if they fail to protect or even actively violate fundamental human rights.[115] In other words, the legitimacy of the exercise of State power is predicated on the respect for fundamental human rights.[116] Thus, in essence, the common values recognized by both the international community and the international constitutional order limit the sovereignity of Unrechtsstaaten (outlaw States). Such a combined rights and constitutionality approach is for example advanced by Altman and Wellman if they invoke a concept of functional sovereignty according to which'states that do not sufficiently protect the basic rights of their people have no legitimate objection to the imposition of ICL on them.'[117] In a similar vein, for Allan Buchanan a State's legitimacy hinges on its ability and willingness to protect the human rights of its citizens; only then the State is delivering justice and can be considered as a rights-protecting institution. If it fails to do so, alternative (international) institutions must afford this protection[118]. The same idea is embodied in Larry May's security principle, according to which a State's sovereignty may legitimately be abridged if it fails to protect the security of its citizen committing egregious rights violations, thus causing serious international harm.[119]

Other Anglo-American authors focus rather on a human rights and human dignity approach in its own right stressing the – already mentioned – cosmopolitan vision of a world society composed of citizens as subjects in their own rights with their own world citizen law.[120] Thus, for example, Mark Osiel argues that

[114] See O Triffterer, 'Der ständige internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit', in K-H Gössel and O Triffterer (eds), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf* (C.F. Müller 1999) 495, 511*ff.* See also Paulus, 'International Law and International Community' (n 27) 53 arguing that the supranational prosecution of international crimes 'is a shortcut for the direct and indirect dealings of state authorities, non-state organizations and businesses, as well as individual citizens, beyond state boundaries, and for the endeavor to tackle common problems, from the protection of the environment to the prevention of genocide and famine, for which states alone are unwilling, incapable, or illegitimate to act unilaterally.'

[115] Kleinlein (n 64) 689, 703, 705-706; in the same vein for a full (judicial) review of domestic human rights issues Broude (n 62) 526 (invoking Kelsen's restrictive reading of Article 2 (7) UN Charter).

[116] Kleinlein (n 64) Ch 7 (in particular 511-537, 613-614), 699-700, 712-713.

[117] A Altman and CH Wellman, 'A Defense of International Criminal Law'(2004) 115 Ethics 35-67, 46-47, 51.

[118] Buchanan (n 90) 87-88.

[119] L May, *Crimes against Humanity* (CUP 2005) 63-79 (espec. 68-71), 80-95 (Security and international harm principles operate as a twofold justification on international criminal prosecutions). Crit. on the harm, but in favour of the security principle Greenawalt (n 20) 1096-1097 (but relating this principle to the failure of domestic enforcement to be compensated by ICL).

[120] Focusing on national law, a similar approach is taken by the theory of 'legal republicanism' according to which the law in general and the criminal law in particular shall strengthen and promote

criminal prosecution of State sponsored mass atrocities contribute to social solidarity' embodied in the increasingly respectful way that citizens can come to acknowledge the differing views of their fellows'.[121] David Luban claims with regard to crimes against humanity that the assault on 'the core humanity that we all share and that distinguishes us from other human beings',[122] on 'the individuality and sociability of the victims in tandem',[123] converts the perpetrator into an enemy and a legitimate target of all humankind – a hostis humani generis.[124] Adil Ahmad Haque, in his 'retributivist theory of ICL',[125] brings the (State's) duty to protect[126] together with the group character of international crimes[127] and the human dignity of each individual worthy of protection.[128] For him the duty to punish rests on the 'relational structure of retributive justice', i.e., that the 'offender's violation of the victim's right gives rise to a duty of the punishing agent, owed to the victim, to punish the offender.'[129] Thus, the State's duty to punish is 'grounded in the relationship between the three actors', i.e., the perpetrator, the victim and the State as the intermediary.[130] The State is premised on the effective discharge of its duty to punish – if it fails to do so international intervention is warranted.[131] Mark Drumbl wants to replace pure criminal law by a broader, albeit

---

the idea of a citizens' society with citizens' values and virtues (see for a summary of the different approaches R. Dagger, 'Republicanism and Crime', in S Besson and JL Martí (eds), *Legal Republicanism. National and International Perspectives* (OUP 2009) 147ff, 157; for a discussion and transfer to ICL see Reuss (n 26) 42-52).

[121] M Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law* (Transaction Publishers 1997) 22-23, 293.

[122] D Luban, 'A Theory of Crimes Against Humanity'(2004) 29 YJIL 85, 86.

[123] ibid, 120.

[124] Crit. on the ambiguous terminology A Duff, 'Authority and Responsibility in International Criminal Law', in S Besson and J Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law* (OUP 2010) 589, 602-604; K Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', in LN Sadat (eds), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity* (CUP 2011) 279, 282.

[125] AA Haque, 'Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law' (2005) 9 Buffalo Criminal Law Review 273.

[126] ibid, 305 ('… bear the same duty of equal justice to their citizens, and this duty requires the prosecution and punishment of non-state actors.'), 328 ('…response to a failure to protect.', 'ground of the duty to punish … in an earlier dereliction of duty' to protect).

[127] ibid, 302-304 (crimes against humanity as 'committed by politically organized groups' and 'inflicted on victims based on their group membership…'; albeit considering the group element rather as an aggravating factor at 308), 326-327 ('Group perpetration and group victimization challenge the legitimacy of the state, and thereby explain and justify international intervention.').

[128] ibid, 320 ('… reassert the primacy of shared humanity over group difference and dismantle regimes founded on the premise of unequal moral worth.'), 322 ('conception of human beings as members of a single moral community in virtue of their shared status as persons', 'broader moral community founded … on shared humanity …'; discussing universal jurisdiction).

[129] ibid, 278; as to the duty owed to the victim see also 288.

[130] ibid, 283.

[131] ibid, 297, 304 ('Once the moral authority of the state is so thoroughly compromised, the task of meting out retributive justice falls to the international community'), 306 ('… danger of state indifference or co-option posed by organized groups and the resulting need for a legal basis for international intervention'). Haque is however critical of the international community as the agent of this inter-

highly abstract, concept of justice: a 'cosmopolitan pluralist vision' fostering 'an obligation-based preventative model, operationalized from the bottom-up through diverse modalities that contemplate a coordinated admixture of sanctions calibrated to each specific atrocity.'[132] Kirsten Fisher, drawing in particular on May and Luban, proposes a double 'severity' and 'associative' threshold which has to be reached to justify the application of ICL.[133] The former requires that the most basic human rights protecting the physical security of human beings, being a prerequisite for the enjoyment of other rights, are jeopardized by the respective conduct, i.e. it relates to the gravity of the harm caused with a view to physical security.[134] The associative threshold represents the group or organizational element in international crimes in a double sense, i.e., the political organization/group as the aggressor ('travesty of political organization') or/and as the object of the aggression with the victims belonging to this organization.[135]

Ultimately, an approach based on the core human rights of world citizens, makes us see that a universal legal order, i.e., the order of the world society of world citizens, is possible by the force of the intrinsic value of its norms[136]' without a central legislator and a judiciary' (Luhmann)[137] and 'without the monopoly of power of a world State and without world government' (Habermas).[138]

Thus, it links human dignity/rights with the idea of a normative international order. The above mentioned international criminal justice system, if it does not amount in itself to a proper legal order, rests on this value-based order, its ius puniendi is derived from autonomous persons united in a world society: ubi societas ibi ius puniendi.[139] It represents a value judgment expressing the legal and mo-

vention since 'the claim' that it is 'our fundamental moral and political unit remains an aspiration rather than a social fact.' (296-297).

[132] M Drumbl, *Atrocity, Punishment, and International Law* (CUP 2007) 207, for more details and concrete adjustments see 181ff, 206*ff*.

[133] Fisher (n 27) 17-26, 30-31, 186.

[134] ibid, 17-22, 26, 30-31. For a critical view on the gravity element Greenawalt (n 20) 1089-1095 (arguing that it is insufficient to explain ICL since it does not explain every aspect of it, especially not why certain crimes are codified as international ones); yet, this reads too much into this element which is only, as later correctly acknowledged by Greenawalt (1122-1123), an important consideration to distinguish ICL from domestic criminal law.

[135] Fisher (n 27) 22-25, 26, 30-31.

[136] This intrinsic value manifests itself in the acting of different agents at different levels (cf Burchard (n 29), at 77, 79, 81 with regard to *global governance* and ICL).

[137] N Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft* (reprint, Suhrkamp 1997) 574 ('Weltgesellschaft auch ohne zentrale Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit eine Rechtsordnung hat', 'Indikatoren eines weltgesellschaftlichen Rechtssystems'.). Of course, Luhmann's approach is premised, in line with his system theory, on (worldwide) social communication within the one single (global) social system whose subsystems are held together by certain basic values, in particular fundamental human rights, cf C. Mattheis, 'The System Theory of Niklas Luhmann and the Constitutionalization of the World Society' (2012) 4 GoJIL 625, at 637-8, 643, 644-5.

[138] Habermas (n 106) (normative regulation "auch ohne das Gewaltmonopol eines Weltstaates und ohne Weltregierung zu erreichen").

[139] Meyer (n 34) 695, 931.

ral necessity to punish macro criminal conduct.[140] Its law, the ICL, can be considered a progress of civilisation[141] and, in this sense, an ethical project.[142] The international crimes to be prevented and/or punished by this law concern the fundamental international values of our international order and the world society; they may even amount to ius cogens crimes, i.e. crimes of a peremptory, non-derogable and overriding character.[143] As a consequence, a State on whose territory such crimes have been committed cannot hide behind the curtain of a post Westphalian, Grotian sovereignty concept[144] but must make sure that the responsible are

---

[140] cf Bassiouni (n 13) 31ff; E David, 'Les valeurs, politiques et objectifs du droit pénal international à l'heure de la mondialisation' (2004) 19 Nouvelles Études Pénales 157-169.

[141] K Ambos, 'International Criminal Law at the Crossroads', in C Stahn and L van den Herik, *Future Perspectives on International Criminal Justice* (Asser Press 2010) 161, 165ff.

[142] Insofar I agree with Dubber (n 30) 923 yet he goes too far if he argues that ICL is not law and rather an 'ethical-administrative enterprise' than a legal one. Dubber presents his critique in a grandiose, overblown rhetoric but hardly supports it with substantial arguments, let alone with inquiries into the concrete law. In fact, Dubber is unconcerned with the realities and technicalities of current ICL, i.e., he does not speak to those who either as practitioners or academics or both apply and shape ICL.

[143] See the definition in Art. 53 Vienna Convention on the Law of Treaties. It is however controversial how far this *ius cogens* claim can reasonably go, i.e. whether it extends beyond the international core crimes as codified in Art. 5 ICCSt or if it even encompasses all these crimes, including for example *all* war crimes of Art. 8. There is only clear case law in this respect regarding *genocide* (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro]*, I.C.J. Rep. 2007, 43, § 161; *Armed Activities on the Territory of the Congo [New Application: 2002] [Democratic Republic of the Congo v. Rwanda], Jurisdiction and Admissibility*, I.C.J. Rep. 2006, 6, § 64; *Reservations to the Convention on Genocide*, I.C.J. Rep. 1951, 15, 23; Judgment, Radoslav Brdanin, [IT-99-36-T], Trial Chamber, 1 September 2004, § 680; Judgment, *Goran Jelisic* [IT-95-10-T], Trial Chamber, 14 December 1999, § 60; Judgment, *Radislav Krstic* [IT-98-33-T], Trial Chamber, 2 August 2001, § 541; Judgment*, Milomir Stakic* [IT-97-24-T], Trial Chamber, 31 July 2003, § 500) and *torture* (most recently *Othman [Abu Qatada v. UK*, no. 8139/09,§ 266, 17 January 2012, ECHR 56; see also Judgment, *Anto Furundzija* [IT-95-17/1-T], Trial Chamber, 10 December 1998, §§ 153-157; Judgment, *Zejnil Delalic et al.* [IT-96-21-T], Trial Chamber, 16 November 1998, § 454). Judgment, *Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, 14 January 2000, § 520 has taken a broader approach ('Furthermore, most norms of international humanitarian law, in particular those prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide, are also peremptory norms of international law or *jus cogens* …'); in the same vein Bassiouni, (n 13) 178. Further, the ILC,Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts' <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>, 112 lists *aggression, slavery, slave trade, racial discrimination* and *apartheid* as *ius cogens* crimes. Some scholars take the same view regarding *rape* (see D Mitchell, The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of *Jus Cogens*: Clarifying the Doctrine' (2004-2005) 15 Duke Journal of Comparative & International Law 219, 219; S Sungi, '*Obligatio Erga Omnes* of Rape as a *Ius Cogens* Norm: Examining the Jurisprudence of the ICTY, ICTR and the ICC'[2007] 7 European Journal of Law Reform 113, 127, 140ff).

[144] For an inspiring critical account of the Westphalian system (which allegedly established the basis of the community of sovereign states and thus of the current international legal order where political authority is primarily conceded to states) S Strange, 'The Westfailure System' (1999) 25 Review of International Studies 345, 345 pointing to its failures with regard to the worldwide financial and environmental crisis.

held accountable; otherwise the international community or third States (universal jurisdiction) will have to take care of them.

4. Conclusion

A supranational ius puniendi can be inferred from a combination of the incipient stages of supranationality of a valued-based world order and the concept of a world society composed of world citizens whose law – the 'world citizen law' (Weltbürgerrecht) – is derived from universal, indivisible, and interculturally recognized human rights predicated upon a Kantian concept of human dignity. In fact, this combination of the collective and the individual is implicit in the preamble of the ICC Statute referred to at the beginning of this paper: on the one hand, it relates to the collective level – 'international community', 'peace, security and well-being of the world' – and on the other hand to the individual level – crimes, perpetrators, victims. As to the collective level it has been argued in this paper that international core crimes affect the international community as a whole and thus this value-based community has a right to take criminal action against the perpetrators of these crimes.[145] Thus, it is the carrier of the international ius puniendi. In a similar vein, according to the constitutionalisation thesis, the justification of authority under international law, i.e., the legitimacy of the exercise of State power, is predicated on the respect for fundamental human rights.[146] As to the individual level, the starting point is a conception of international (criminal) law which focuses on the people and takes their rights seriously.[147] Taking human rights, and citizens as subjects of these rights, seriously shifts the focus from the collective (sovereign States) to the individual (citizens as subjects of rights) and derives the ius puniendi from the violations of universally, transnationally and interculturally recognized rights of individuals.

[145] See on this value-based conception of international community n 110, 112-114 and main text.
[146] See n 111, 115 and 116 and main text.
[147] See n 90.

Enemy and Criminal
Analysis of the Different Structures of Legal Protection

Taira Nishi

Vor allem war das römische Recht imstande, den Feind, den *hostis*, vom Räuber und vom Verbrecher zu unterschieden. [...] Die Fähigkeit, einen *justus hostis* anzuerkennen, ist aber der Anfang allen Völkerrechts

Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde*

I. Introduction: Concept of the "Enemy"

It is sometimes forgotten, or ignored, that "enemy" is a crucially important legal concept in the tradition of international law. The term "enemy" implies a positive status, regulated and protected by the law. Discussing the laws applied in armed conflicts, classical international law scholars carefully distinguish the enemy from the brigand. The former is a legitimate belligerent, regulated and protected by the laws of war, while the latter is a mere criminal organization, which does not deserve the respect and protection due the belligerent.

We will later trace more carefully this interesting tradition, which dates back to Roman law.[1] Here, as an introduction, the words of Emer de Vattel are referred to.

L'ennemi particular est une personne qui cherche notre mal, qui y prend plaisir: L'Ennemi public forme des prétensions contre nous, ou se refuse aux notres, et soutient ses droits, vrais ou prétendus, par la force des armes. La premier n'est jamais innocent; il nourit dans cœur l'animosité et la haine. Il est possible que l'Ennemi public ne soit point animé des odieux sentimens, qu'il cherche seulement à soutenir ses droits. Cette observation est nécessaire, pour régler les dispositions de notre cœur, envers un Ennemi public.[2]

Looking at the above sentences, it is evident that Vattel clearly distinguishes the "Ennemi (public)" from the "ennemi (particular)." The "ennemi" does harm to us by their own vicious intention, while the "Ennemi" asserts their true or ostensible rights against us by use of armed force. It is possible that the "Ennemi" is not motivated by odious sentiments but that they merely seek to assert their rights. This distinction leads to the positive status of the "Ennemi." We do not have the right to kill those "Ennemi" soldiers who surrender to us.[3] They enjoy the prisoner-of-war status (POW status), and should neither be killed nor treated harshly unless they themselves have committed criminal acts, such as violation of the laws of war.[4]

It is noteworthy that Vattel argues for this prisoner-of-war status of the "Ennemi" soldiers in the chapter dealing with the rules applied in just war, that is, the rules which are still *not* modified by the concept of formal war (*Guerre en forme*) based on the voluntary law of nations (*droit des gens volontaire*).[5] According to Vattel, natural law authorizes us to resist the violence of the "Ennemi" who unjustly attacks us, and even to take their lives if necessary.[6] However, the same natural law puts a limitation on this right to kill the "Ennemi": they should be treated as prisoners of war if they surrender. That is to say, we have to guarantee prisoner-of-war status even in relation to the "Ennemi" who wages war against us without just cause.

In clear contrast, Vattel admits that the "ennemis" who undertake an informal and illegitimate war (or, a brigandage) are not treated as prisoners of war, and that

---

[1] See *infra* Chapter III, sections 2 and 3.

[2] Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduit et aux affaires des nations et des souverains* (1758), reprinted in James Brown Scott ed., *the Classics of International Law* (1916), Book 3, Chapter 5, §69.

[3] *Ibid.*, Book 3, Chapter 8, §140.

[4] *Ibid.*, §§149-150.

[5] The title of Chapter 8 of Book 3 is "Du Droit des Nations dans la Guerre, et 1º. De ce qu'on est en droit de faire et de ce qui est permis, dans une Guerre juste, contre la personne de l'Ennemi." The concept of formal war is introduced in Chapter 12 of Book 3. In the institution of the voluntary law of nations, Vattel says, the formal war must be regarded as just on both sides (§190).

[6] Vattel, *supra* note 2, Book 3, Chapter 8, §139.

they may be executed as criminals.[7] In Vattel's work, there is a subtle, but not vague, distinction between the "Ennemi" and the "ennemi." For him, the "Ennemi" who wages unjust war is different in its nature from the "ennemi" who commits brigandage.

It is regrettable, as well as informative, that a prominent international law scholar in the beginning of twentieth century was not so sensitive to this distinction as to maintain it in his English translation of the classic of international law. He translated both "Ennemi" and "ennemi" into a single word "enemy."[8]

In this article, the concept of the enemy means the "Ennemi" in the sense of Vattel's books, that is, the belligerent status regulated and protected by the laws of war. This may sound strange to some lawyers, because today the word "enemy" is sometimes used not to signify a positive legal status, but to symbolize the denial of the status. During the "war" against al Qaeda and its affiliates, the Bush administration called the Guantanamo detainees "enemy combatants" and, at the same time, denied the "obligation to grant al Qaida and Taliban forces POW status."[9] The persistent use of the term in such a context has given a new legal meaning to the term of "enemy combatant."[10] The 2009 edition of *Parry and Grant's Encyclopaedic Dictionary of International Law* explains the new meaning as follows:

"Following the 9/11 attacks, the US administration asserted the right to classify individuals as enemy combatants, thereby denying them the protection applicable to prisoners of war under the Geneva Convention of 1949 and to civilians under the U.S. Bill of Rights."[11]

From a historical point of view, however, it seems an undesirable deviation to use the term "enemy" to deny the protection that has been guaranteed to the very "Ennemi" in the sense of classic international law.

---

[7] *Ibid.*, Book 3, Chapter 3, §68.See *infra* note 118.

[8] Translated by Charles G. Fenwick, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affaires of Nations and of Sovereigns* (1916).

[9] *Guantanamo Detainees Fact Sheet*, United States Department of Defense (February 13, 2004).

[10] Jennifer Bond, "The Language of War: A Battle of Words at Guantanamo Bay," *Appeal: Review of Current Law and Law Reform*, Vol. 10 (2005), pp. 78-81.

[11] John P. Grant and J. Craig Barker eds., *Parry and Grant's Encyclopædic Dictionary of International Law* (3rd ed., 2009), *sub verbo* "enemy combatant."

II. Background: Request for the Law of Transnational Armed Conflicts Founded on Asymmetrical Structure

1. Symmetrical Structure of War

The measures invoked against an enemy are called "war" in classic international law. A distinct character of the law of war is its symmetrical structure.

"Krieg ist bewaffnete Selbsthilfe einer staatlichen Macht im Widerstreit mit einer andern staatlichen Macht. [⋯] In der Regel ist der Krieg ein Rechtsstreit zwischen Staaten als Kriegsparteien über öffentliches Recht."[12]

The war in the classic sense is not coercive law enforcement by the authority with the duty and competence to maintain the international order against those who are seriously disturbing the order, but it is a legal dispute, or lawsuit, about the public rights between the States, each of which pursues its alleged rights by self-help. Just as in a lawsuit, each party to war stands on equal footing and is subject to the same regulations of the law of war (*ius in bello*).

This principle of equal application was not abandoned when the strict legal restriction was imposed on the use of force in international relations during the first half of twentieth century. Even under the regime of the United Nations, where

---

[12] Johann C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (2nd ed., 1872), §§510-511. See *infra* text accompanying notes 124, 125 and 126. One can easily find the equivalent formulations in classic works. "La Guerre est cet état, dans lequel on poursuit son droit par la force." "La Guerre publique est celle qui a lieu entre les Nations ou les Souverains, qui se fait au nom de la Puissance publique, et son ordre" (Vattel, *supra* note 2, Book 3, Chapter 1, §1/§2); "Ein Rechtsbegriff wird der Krieg erst, wenn man sich ihn als Anwendung des äußersten selbst vernichtenden Zwanges wider einen Anderen denkt, zur Realisirung rechtlicher Zwecke bis zur Erreicherung derselben. Es ist mit anderen Worten die äußerste Selbsthilfe" (August Wilhelm Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen*, Vol. 2 (5th ed., 1867), §113); "The independent societies of men called states acknowledge no common arbiter or judge, except such as are constituted by special compact. The law by which they are governed, or profess to be governed, is deficient in those positive sanctions which are annexed to the municipal code of each distinct society. Every state has therefore a right to resort to force as the only means of redress for injuries inflicted upon is by others" (Henry Wheaton, *Elements of International Law with a Sketch of the History of the Science* (1836), Part 4, Chapter 1, §1). Such a formulation of war as self-help was often criticized by scholars with more "realistic" mindsets, especially at the beginning of the twentieth century. In his famous book published in 1906, Oppenheim pointed out: "[t]hose writers who define war as the legal remedy of self-help to obtain satisfaction for a wrong sustained from another State, forget that war have often been waged by both parties for political reasons only" (Lassa Oppenheim, *International Law*, Vol. 2 (1906), Chapter 1, §54). Westlake argued, "[i]nternational law did not institute war, which it found already existing, but regulates it with a view to its greater humanity." "Neither to the claims which furnish the reason or the pretext for war, nor to international law so far as it may pronounce such claims to be just, does war stand in the same relation in which an execution stands to the claim of a plaintiff or to the law of the land under which it is put forward." John Westlake, *International Law*, Part II (1907), Chapter1, pp. 3-4.

aggression is explicitly forbidden, it is generally accepted that "[o]nce hostilities have begun, the rules of international humanitarian law apply with equal force to both sides in the conflict, irrespective of who is the aggressor."[13] One may feel uncomfortable with this principle, because "[t]o place the aggressor and the victim of that aggression on an equal footing as regards the application of humanitarian law appears to contravene the general principle of law that no one should obtain a legal benefit from his own illegal action."[14] It is the reason why discriminatory application of the law of war against the aggressor was insisted on by a prominent scholar after the World War II.[15] Quincy Wright argued that war in the legal sense had been "outlawed" and that international law no longer recognized a "state of war" in which the belligerents are legally equal.[16] According to him, "[t]he relation of the international community to an aggressor is analogous to the relation of the national state to rebels."[17] In this asymmetrical conception of aggressive war, he denied the aggressor any belligerent powers, including the power to destroy foreign armed forces.[18]

However, such an argument for discriminatory application has not been accepted in the mainstream of international law. In principle, the aggression, *i.e.*, the violation of *ius ad bellum*, does not lead to discrimination against the aggressor in the application of *ius in bello*. This separation of *ius in bello* from *ius ad bellum* is often explained from the viewpoint of legal policy. First, it is sometimes difficult to determine in a particular case which side is the aggressor. Second, humanitarian protection should be equally guaranteed to *all* civilians and protected persons, even if they happen to belong to a wrongdoing state. Third, because the law of armed conflicts can only function under conditions of reciprocity, the aggressor could not be expected to observe the rules of the law of armed conflicts if they were denied reciprocal protection of the law for their own side.[19] Such an explana-

---

[13] Dieter Fleck ed., *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (1999), p. 7.
[14] *Ibid.*, pp. 7-8.
[15] Quincy Wright, "The Outlawry of War and the Law of War," *American Journal of International Law*, Vol. 47 (1953), pp. 365-376. Before World War II, discriminatory application against the aggressor was already proposed as *lex ferenda*. Discriminatory clauses were brought forward in the Draft Convention on Rights and Duties of States in Case of Aggression (1939), prepared under the auspices of the Harvard Law School— the reporter was Philip C. Jessup, and Wright also took part in the research as one of the advisers. For example, Article 3 of the draft says that "an aggressor does not have any of the rights which it would have if it were a belligerent" while "[a]n aggressor has the duties which it would have if it were a belligerent" *American Journal of International Law Supplement*, Vol. 33 (1939), p. 886.
[16] Wright, *supra* note 15, p. 365.
[17] *Ibid.*, p. 366.
[18] *Ibid.*, pp. 370-371.
[19] Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts* (2008), pp. 23-25; Hersch Lauterpacht, "The Limits of the Operation of the Law of War," *British Year Book of International Law*, Vol. 30 (1953), pp. 211-224. Wright admitted that reciprocity is a necessary condition for the observance of the law of war during hostilities and that humanitarian rules should be equally applied on both sides (Wright, *supra* note 15, p. 376). Article 14 of the Draft Convention on

tion implies that the practical and humanitarian reasons predominate over the logical incoherence held by the legal non-discrimination between the law-violating aggressor and the victim suffering from that aggression.

From the viewpoint of the theoretical tradition of the international law though, the recognition of the protection for the belligerent irrespective of cause of war is not as incoherent as it appears. The just war doctrine does not always exclude the possibility that a state waging war without just cause enjoys a belligerent status protected by the law of war. As seen above, Vattel says that the soldiers of the enemy State waging an unjust war are given the prisoner-of-war status within the system of the just war doctrine.[20] Generally speaking, a typical just war doctrine consists not only of the just cause question but also of two other questions about authority and right intent.[21] As Heather A. Wilson appropriately pointed out, in her excellent book concerning the legal status of the national liberation movement, that the problem as to the belligerent status of an armed organization and the combatant status of its soldiers is more concerned with the authority to use force than the just cause to use force.[22] Therefore, standing within the system of a just war doctrine, one can reasonably say that if an armed organization is recognized as having the authority to wage war, the organization cannot be treated as a brigand and its members can enjoy the combatant status even in a war without just cause.[23] Namely, the just war doctrine does not always squarely conflict

---

Rights and Duties of States in Case of Aggression (1939) also requires the observance of humanitarian rules in the case of aggression (*supra* note 15, p. 905).

[20] Indeed, Vattel maintains elsewhere that those who take up arms without just cause have absolutely no rights in the system of just war doctrine ("Quiconque prend les armes sans sujet légitime, n'a […] absolument aucun droit"). However, this sentence is located in the chapter about the *sovereign* who wages an unjust war (Vattel, *supra* note 2, Book 3, Chapter 11. *De Souverain qui fait une Guerre injuste*). It means that the sovereign State, as the legitimate authority, bears the responsibility in natural law for waging an unjust war and should endure its negative legal effects. According to Vattel, this does not entail as a consequence the negation of the prisoner-of-war status of the soldiers who take part in the hostilities under the legitimate authority. See also *infra* text accompanying note 106.

[21] Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, secunda secundae, q.40, a.1. Thomas Aquinas formulated three conditions for just war: First, war should be waged by the command of the supreme authority; secondly, war should be waged for a just cause, *i.e.*, "to avenge wrongs, when a nation or state has to be punished, for refusing to make amends for the wrongs inflicted by its subjects, or to restore what it has seized unjustly"; and thirdly, "the belligerents should have a rightful intention, so that they intend the advancement of good, or the avoidance of evil."James Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law: Francisco Vitoria and His Law of Nations* (1934), p. 192.

[22] Heather A. Wilson, *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements* (1988, reprinted in 2003), pp. 13-33, especially pp. 14-16.

[23] Who has the authority to use armed force was a fundamental question of the just war theory in the medieval society, where the monopoly over legitimate violence had not yet been accomplished. The authority question often played a central role in the medieval just war theory. "The most crucial issue in any just war theory is the locus of authority capable of waging war. […] Gratian's major concern was to limit the execution of justice to officials acting on legitimate authority. Only in this way could he prevent *ultio vindicta*, and the avenging of injuries from degenerating into unrestrained vengeance and brutality. The text in quaestio 2 [Decretum Gratiani, pars 2, causa 23, quaestio 2], in asserting that a just war must be waged on authority, set in motion the whole sequence of legal consequences

with the symmetrical structure of the law of war as far as belligerent status can be founded on the recognition of the authority to wage war.[24] By contrast, the symmetry is more fundamentally challenged by the argument which denies the legitimate authority to use armed force to one side of war, or international armed conflict in the current terminology. This is one of the most urgent legal problems which profoundly influence the structure of the law of armed conflict.

The law of armed conflict is not exclusively founded on the symmetrical structure, even in its traditional form. Two important exceptions are to be briefly mentioned here: the belligerent occupation and the civil war. As for the occupation, the occupying power has the legal competence to enforce law and order in the occupied territory.[25] According to the traditional conception of war, those citizens who unofficially continue the warfare in the occupied territory after the defeat and retreat of the regular army on their side (so called *partisans*) are, in principle, not regarded as enemy soldiers with combatant status, but are treated as criminals and punished by the occupying power which has law enforcement authority. Namely, there exists an asymmetrical war between the occupying power as a law enforcement authority and the partisans who are regarded by the authority as law-breaching offenders. It is remarkable that the act of partisanship itself has not been prohibited by international law. Rather, the practices of international law in

---

and moral cautions attendant upon the just war." (Frederic H. Russell, *The Just War in the Middle Ages* (1977), pp. 68-69.)

[24] The just war doctrine is primarily based on Roman law, which often attached the first importance to the authority question, that is, the distinction between the enemy, which wages war under the legitimate authority, and the brigand, which recourses to violence without such an authority. "For war to be recognized as such in ancient Roman law, the opponent had to be considered specifically as enemies, since not all acts of violence were committed by public enemies of Roman Empire. The legal notion of *hostes* was therefore fundamental to the Romanists' analysis of war. […] Accursius attempted to distinguish between a full state of war with publicly-declared *hostes* and hostilities with people having no legal relations with Rome. The war against *hostes* he termed *bellum*, while other forms of hostility he termed *guerra*. The situations differed legally, for in a *guerra* there was no right of *postliminium*." (*Ibid.*, p. 49.) It has been well known among international law scholars that Balthazar Ayala (1548-1584) set the legitimate authority above the just cause. Ayala was a Spanish lawyer with ample knowledge of Roman tradition who published a work on the law of war in the age of Dutch Revolt. Wilhelm G. Grewe described his doctrine as follows: "Das formale Kriterium der auctoritas des Kriegführenden hat in seinem Denken ein solches Gewicht gewonnen, daß Ayala die Frage, ob die Rebellen etwa eine iusta causa vertreten, überhaupt nicht erörtert. Überhaupt spielt die Frage des gerechten Grundes zum Kriege in seinen Überlegungen nur eine untergeordnete Rolle." *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (2nd ed., 1988), p. 246. See also Henry Wheaton, *History of the Law of Nations in Europe and America* (1845), p. 44; John Westlake, *Chapters on the Principles of International Law* (1894), pp. 32-33. About the similar concepts of war and enemy in the work of Alberico Gentili (1552-1608), an Oxford Roman Law professor from an Italian family, see Grewe, *supra* note 24, p. 246.

[25] This competence of the occupying power is taken for granted by the provisions of the Hague Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907) and the Geneva Convention IV (1949) section III. According to a classic, as well as somewhat realistic formulation, "[a]n occupant having authority over the territory, the inhabitants, whether subjects of the enemy or of neutral States, are under his sway and have to render obedience to his commands." Oppenheim, *supra* note 12, p. 174.

the twentieth century had the tendency to legitimate the act of partisanship by the extension of the combatant status.[26] In international law, partisans have been categorized into "unprivileged combatants," *i.e.* those combatants who do not enjoy the protection which is guaranteed to legitimate combatants. It is reasonable to say that, in the traditional conception of the law of war, "individuals or groups who used force against a State but did not qualify as legitimate combatants were criminals under municipal law but were not criminals in international law."[27] In this conception, the occupying power punishes the partisans on the basis of its own interest and law. Even after the adoption of the 1949 Geneva Conventions,[28] a prominent scholar of the law of war formulated this traditional conception as follows:

"Subject to the general limitation of reasonableness and the specific limitation imposed by the Hague Regulations and the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, international law permits a belligerent occupant to prohibit and punish, but does not itself prohibit, conduct by inhabitants of occupied areas which is hostile to him or which is inconsistent with the security of his forces or administration."[29]

Civil war also has an asymmetrical structure. Although some classic international law scholars explicitly admit that an insurgent organization is to be regarded as a party to war on the condition that it reaches some standard of statehood,[30] it is the generally accepted view these days that insurgents do not enjoy the belligerent status except in very rare cases in which their belligerency is recognized by the state, and that they may be exposed to severe punishment by the law enforcement authority for ordinary crimes under municipal law, such as murder, subversive activities, and treason.[31] In spite of the recent remarkable development of the law

---

[26] See *infra* text accompanying notes 34, 35 and 36.

[27] Wilson, *supra* note 22, p. 22. Today, the possibility should not be ignored that partisans are criminals under international law, *e.g.*, when they commit international crimes prescribed in the Rome Statute of the International Criminal Court.

[28] Article 4A(2) of the Geneva Convention III remarkably extended the prisoner-of-war status to members of "organized resistance movements" who fulfill some conditions, such as "having a fixed, distinctive sign, recognizable at a distance."

[29] Richard R. Baxter, "The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant," *British Year Book of International Law*, Vol. 27 (1950), p. 266.

[30] "Eine bewaffnete Partei, welche nicht von einer bestehenden Staatsgewalt zur Gewaltübung ermächtigt worden ist, wird dennoch insofern als Kriegspartei betrachtet, als sie als selbständige Kriegsmacht organisiert ist und an States Statt in gutem Glauben für öffentliches Recht streitet." (Bluntschli, *supra* note 12, §512.) According to Bluntschli, the interests of humanity require that, when the political party pursues state-like purposes and is organized like a state, such a party shall not be treated as "a mass of criminals" but as party to war (*ibid).* Vattel also maintains that the law of war should be observed in civil war (*le Guerre civile*) on both sides. Vattel, *supra* note 2, Book 3, Chapter 18, §294. In civil war, he says, the bond of the society is interrupted and two independent parties conflict with each other without any common judges, just like two different nations. *Ibid.*, §293.

[31] "Until the adoption of Article 3 of the 1949 Geneva Conventions, governments could treat rebels or members of national liberation movements as criminals under their own municipal laws and

of non-international armed conflicts concerning the protection of victims, especially in the context of punishment of serious violations of its rules,[32] it seems unrealistic to expect the combatant status to be extended to insurgents in non-international armed conflicts in the near future. Certainly, as Slaughter and Burke-White say, most notable about the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia is that "no distinction is made between international and non-international armed conflict; the same high level of protection is accorded civilians in both types of war."[33] However, this never means that the same high level of protection is accorded soldiers in both types of war.

The outstanding character of these asymmetrical wars in the traditional conception is that they are the mixture of war against the enemy and law enforcement against the criminal under municipal law. Partisans and insurgents are attacked by military forces as well as punished by national law enforcement measures. During the twentieth century, the brutal treatment of captured members of partisan groups and national liberation movements in colonized areas was a matter of considerable concern in international society. Therefore, the application of the combatant status to partisans and "freedom fighters" was required from the humanitarian point of view, in order that they are not left to the mercy of the capturing State.[34] This request for the application of the combatant status on both sides, *i.e.*, the extension of a symmetrical structure of war to partisan and colonial warfare,

prosecute them as such." (Wilson, *supra* note 22, p. 37.) Article 3 common to the four Geneva Conventions prescribes the humane treatment of "members of armed forces who have laid down their arms." However, the article confirms that its provisions "shall not affect the legal status of the Parties to the conflict." This means that insurgents are not given the belligerent status on the basis of this article. Protocol II additional to the 1949 Geneva Conventions (1977), concerning the protection of victims of non-international armed conflicts, does not include provisions regarding the belligerent and combatant statuses. Article 6(5) of the Protocol only requires the authority in power to "endeavor to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained" at the end of hostilities. This provision does not deny but presupposes the competence of the authority to punish insurgents by reason of their participation in hostilities in a non-international armed conflict.

[32] The Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia asserted that many provisions of Protocol II additional to the 1949 Geneva Conventions "can now be regarded as declaratory of existing rules or as having crystallized emerging rules of customary law or else as having been strongly instrumental in their evolution as general principles." *Prosecutor v Tadic,* IT-94-1-A, Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, October 2, 1995, para. 117. The Rome Statute of the International Criminal Court (1998) includes the provisions for the punishment of serious violations of the laws and customs applicable in non-international armed conflicts (Article 8(2)(c) and (e)).

[33] Anne-Marie Slaughter and William Burke-White, "An International Constitutional Moment," *Harvard International Law Journal*, Vol. 43 (2002), p. 7.

[34] *Cf.* Stefan Oeter, "Terrorism and 'Wars of National Liberation' from a Law of War Perspective," *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 49 (1989), pp. 446-469.

has gained limited success in the era of the Cold War,[35] although it confronted strong opposition from the states concerned by "terrorist" tactics in such warfare.[36] Now, in face of a serious threat from transnational terrorist activities of private organizations, the diametrically opposite tendency toward asymmetrical war is markedly increasing.

2. Tendency Toward Asymmetrical War

In the classic conception of international law, terrorism is cognized as a crime which should be suppressed and investigated by the national police force within the criminal jurisdiction of a concerned state.[37] Transnational activities of terrorism are, in this conception, to be dealt with by cooperation in criminal procedure among states, such as judicial assistance and extradition. So-called anti-terrorism conventions have been developed on the foundation of such cooperation. However, some states have claimed the right of self-defense and taken military measures in response to terrorist attack even in the twentieth century.[38] After the September 11 terrorist attacks, the recourse to military measures against terrorist organizations and states harboring them was widely supported by governments[39] and legal experts.[40] Today, use of force is a controversial but often adopted option for the governments that are eager to efficiently crack down on terrorist plots.

---

[35] For example, the above referenced Article 3 common to the four Geneva Conventions, Article 4A(2) of the Geneva Convention III, and Article 1(4), 43(1)(2) and 44 of the Protocol I additional to the 1949 Geneva Conventions.

[36] Oeter, *supra* note 34, p. 447.

[37] Certainly, among various organized crimes, piracy was considered *hostis humani generis* in the classic conception of international law. It only meant that every state could exercise its criminal jurisdiction over a piracy on the high seas as an exception to the exclusive jurisdiction of the flag state. *Cf.* Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (1926), p. 157.

[38] For example, the airstrike on the Beirut airport by Israel in response to the terrorist attack on an Israeli plane in Athens (1968); the attack by the US air force on Libya, which, the US claimed, was responsible for the terrorist attacks on its citizens (1986); the missile attacks by the US on alleged terrorist facilities in Afghanistan and Sudan in response to terrorist attack on the US embassies (1998). *Cf.* Christine Gray, *International Law and the Use of Force* (3rd ed., 2008), pp. 195-198.

[39] *Ibid.*, pp. 193-194.

[40] Concerning the incidents of September 11, Sean D. Murphy agreed with the right of self-defense against the terrorist attack, insisting that the scale of the incidents had been certainly akin to that of a military attack, such as the Japanese attack on Pearl Harbor on December 7, 1941, and that Article 51 of the U.N. Charter does not require the involvement of another state for the exercise of self-defense. "Terrorism and the Concept of "Armed Attack" in Article 51 of the U.N. Charter," *Harvard International Law Journal*, Vol. 43 (2002), pp. 47-51. About anti-terrorism measures in general, Michael Pawlik, a criminal law professor at Regensburg, says, "[o]b ein Angriff als ein kriegsähnlicher Akt wahrgenommen wird, hängt wesentlich von seiner Zerstörungswirkung ab. Überschreiten Anschläge und ihre Folgen ein gewisses Maß, so ist der Rückgriff auf das Kriegsparadigma nahezu unabweislich." *Der Terrorist und sein Recht: Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus* (2008), pp. 18-19. See also William H Taft, IV, "The Law of Armed Conflict after 9/11: Some Salient Features," *Yale Journal of International Law*, Vol. 28 (2003), pp. 319-323; Jack M. Beard, "America's New War on

The adoption of military measures against terrorist organizations does not only mean that soldiers with heavy weapons play a principal role in the process of criminal investigation, but it also results in changing the legal structure of measures against terrorism. In classic legal theory, the criminal procedure is a typical exercise of government power on individuals who are in its jurisdiction, and therefore, protection for criminals is one of the most essential parts of human rights, which should restrict the exercise of government power on individuals.[41] Because human rights require the government to abide by the principle of due process in criminal procedure, it is not permissible in the conception of human rights law to attack and kill offenders without arresting and trying them in a court, and, needless to say, to eliminate potential perpetrators by military measures.[42] Moreover, human rights do not allow the government to take such measures of criminal procedure as inevitably cause "collateral damages" to the lives of innocent persons even when the police could draw crucial advantage from the measures. According to the conception of human rights, deprivation of life in law enforcement measures is permitted only in case of strict necessity, for example, "when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary […] in defense of any person from unlawful violence."[43]

These restrictions might prevent the authority from enforcing efficient and effective measures against international terrorist organizations. Therefore, it seems more attractive for the concerned authority to regard measures on international terrorism as a kind of military measures in armed conflicts. In a paradigm of armed conflict, the military force can legitimately attack military targets. Furthermore, the attack may be permissible, even when it will unavoidably cause collateral damages to civilians, as long as the damages are proportionate to the military advantage anticipated.

However, if the measures on international terrorist organizations were placed into the category of international armed conflict, its symmetrical character could be brought into them. In an international armed conflict, both parties stand on an equal footing in *ius in bello* as belligerents. In the case of an international armed conflict between a state and a terrorist organization, the organization would be recognized as a belligerent having the authority to wage war and its members could enjoy the combatant status, that is, they would be immune from criminal

---

Terror: the Case for Self-Defense under International Law," *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 25 (2001-2002), pp. 559-590.

[41] Even when the individuals are not within the territory of the state, the protection of human rights is not to be denied. The fact that the state carries out the coercive measures of its *national criminal procedure* on the individuals proves that these individual are subject to jurisdiction of the state, and provides reasonable grounds for the protection of human rights. *Cf.* Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights (1966).

[42] David Kretzmer, "Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?" *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2 (2005), p. 178.

[43] Article 2(2) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). *Cf. ibid.*, pp. 177-183.

responsibility for their legitimate participation in the hostilities against the state. Because such consequences will be unacceptable for concerned states, this categorization seems unrealistic and inappropriate to regulate their behaviors.

Therefore, legal experts have attempted to elaborate a new concept of asymmetrical international armed conflict in which one of the parties is attacked by military forces but the members of its military section do not enjoy the combatant status. One alternative may be an extension of the law of non-international armed conflicts (civil wars), which assumes, in principle, an asymmetrical character of law enforcement by the authority against the insurgent unless the belligerency of the insurgent is recognized.[44] In a non-international armed conflict, recourse to military measures is taken for granted, while it is not obligatory to confer the combatant status on members of an insurgent.[45] If the law of non-international armed conflicts applies to internationally-operated military measures on a terrorist organization, the state may attack the organization as an *enemy*, as well as arrest and prosecute its members as *criminals*, on the grounds of breaches of the *national* criminal law,[46] without giving them the combatant status.[47]

As another alternative, it is maintained that a category of "unlawful combatant" shall be introduced into the law of international armed conflicts. According to a judgment of the Supreme Court of Israel, the law of international armed conflict applies to the military measures of the state against the terrorist organizations active in the West Bank and Gaza Strip,[48] while the terrorist do not enjoy the combatant status because they are "unlawful combatants" who do not fulfill the conditions for combatants.[49] The court says that unlawful combatants are not combatants in the legal sense, but civilians who take a direct part in the hostili-

[44] *Cf.* Article 1 of the Protocol II additional to the 1949 Geneva Conventions (1977). The character of law enforcement may be absent in some kind of non-international armed conflict, for example, in the situation of the so-called failed state, *i.e.*, the situation where several armed groups are fighting with each other within the territory of a state under no control of the legitimate government.

[45] Kolb and Hyde, *supra* note 19, p. 69.

[46] Needless to say, soldiers with combatant status may be prosecuted on the grounds of international criminal law, *i.e.*, genocide, crimes against humanity, war crimes, and crime of aggression. So-called anti-terrorism conventions do not apply to international armed conflicts, where combatants on the both sides legitimately take part in hostilities. *Cf.* Roberta Arnold, *The ICC as New Instrument for Repressing Terrorism* (2004), pp. 7-51.

[47] Claus Kreß, "Völkerstafrecht der dritten Generation gegen transnationale Gewalt Privater?," in Gerd Hankel ed., *Die Macht und das Recht* (2008), p. 395. Roy S. Schondorf proposes that, in the "extra-state armed conflicts" between a state and non-state armed groups, the standards of the laws of non-international armed conflicts apply to the treatment of combatants while the laws of international armed conflicts govern the protection of non-combatants. "Extra-State Armed Conflicts: Is there a Need for a New Legal Regime?," *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 37, No. 1 (2004), pp. 45-48. His position also means an extension of the law of non-international armed conflict as far as the status of military members of an armed group is concerned.

[48] *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.*, Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, December 11, 2005, HCJ 769/02, para. 21.

[49] *Ibid.*, para. 24.

ties.[50] "Customary international law regarding armed conflicts determines that a civilian taking a direct part in the hostilities does not, at such time, enjoy the protection granted to a civilian who is not taking a direct part in the hostilities."[51] The court judges that unlawful combatants do not enjoy the combatant status because they are not combatants in the legal sense, nor do they enjoy the protection granted to civilians because they take a direct part in the hostilities. Although the court claims to describe the rule of customary international law expressed in Article 51(3) of the Protocol I additional to the 1949 Geneva Conventions (1977),[52] it seems to introduce a new category of "unlawful combatant" by liberally interpreting the rule.[53] According to the court, there exists an international armed conflict between the state and terrorist organizations,[54] and the members of the organizations are not only punishable under *national* penal law but also regarded as legitimate military targets.[55]

The concept of the unlawful combatant is supported by some international scholars. Yoram Dinstein writes in his book on the law of international armed conflicts:

"[A] person is not allowed to wear simultaneously two caps: the hat of a civilian and the helmet of a soldier. A person who engages in military raids by night, while purporting to be an innocent civilian by day, is neither a civilian nor a lawful combatant. He is an unlawful combatant. He is a combatant in the sense that he can be lawfully targeted by the enemy, but he cannot claim the privilege appertaining to lawful combatancy."[56]

In his opinion, unlawful combatants are exposed to ordinary penal sanctions for having committed hostile acts in violations of *national* criminal law.[57] Anne-Marie Slaughter and William Burke-White proposed a new category of "global criminals" which combines the concept of "non-privileged combatants" in the language of the law of war and that of *hostis humanae generis* in the language of universal jurisdiction. The global criminals are "individuals who have forfeited their civilian status but who cannot be dignified as soldiers."[58] Whether called unlawful combatants or global criminals, these individuals can be a target of military

[50] *Ibid.*, para. 26.
[51] *Ibid.*
[52] "Civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities."
[53] In the opinion of the court, "the 'direct' character of the part taken should not be narrowed merely to the person committing the physical act of attack. Those who have sent him, as well, take 'a direct part'. The same goes for the person who decided upon the act, and the person who planned it." *Ibid.*, para. 37. As to the condition of "for such time," it says, "the rest between hostilities is nothing other than preparation for the next hostility." *Ibid.*, para. 39.
[54] *Ibid.*, para. 16.
[55] *Ibid.*, para. 26.
[56] Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (2004), p. 29.
[57] *Ibid.*, pp. 30-31.
[58] Slaughter and Burke-White, *supra* note 33, p. 13.

measures just as combatants in armed conflicts and they may be prosecuted and punished just as criminals in the *national* law enforcement.

Both of these legal constructions of measures against terrorist organizations clearly show the character of asymmetrical war: war between the *national* law enforcement authority and the unprivileged combatants who are categorically denied the authority to wage war. These are the totalized as well as internationalized versions of the traditional asymmetrical war on partisans and insurgents. They are "totalized" in the sense that the whole of the armed forces of one party are regarded as unprivileged, and "internationalized" in the sense that they are not confined within the boundaries.

In the face of the emergence of the concept of asymmetrical war in which members of a terrorist organization are legitimate military targets as the enemy, and, at the same time, objects of the national criminal law enforcement as the criminal, some international law scholars properly feel uneasy about the gap in protection that the concept will cause. These *enemy-criminals* can enjoy neither the sufficient protection of human rights law for criminals, especially the principle of due process, nor that of international humanitarian law for enemy soldiers, especially the combatant status. To fill such a gap in legal protection, establishment of standards to control the use of force by states against non-state organizations is urgently required. Some attempts are now being carried out to found these standards on a modified and mixed application of the laws of international and non-international armed conflicts and international human rights law.[59]

Such attempts seem to be a realistic way to enhance the rule of law in international society today. However, as a prerequisite for the establishment of a legal protection regime covering the *enemy-criminals*, we have to well understand the nature of the protection for the enemy and that for the criminal. Without knowing the structural difference of these two protections, an attempt to create a mixed regime would likely fail.

3. Crimes in War or War against Crimes?

Before the analyzing protected status for the enemy and the criminal, it may be helpful for better understanding to refer briefly to the treatment of crimes in war in international law. Classic international law also has the concept of "war crimes." However, "war crimes" in the classic sense mean the illegitimate acts in war which make the actors, or their commanders, lose the prisoner-of-war status and be exposed to punishment before a *national* (military) court when the other belligerent state captures them.[60] The international legal rules concerning "war crimes" in this

[59] Kenneth Watkin, "Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict," *American Journal of International Law*, Vol. 98 (2004), pp. 1-34; Kretzmer, *supra* note 42.

[60] "In contradiction to the hostile acts of soldiers by which the latter do not lose their privilege of being treated as members of armed forces who have done no wrong, war crimes are such hostile or

sense do not mean the norms which immediately provide the responsibility of individuals, but those which permit the state to prosecute the captured individuals who would *otherwise* enjoy the prisoner-of-war status and be immune from responsibility for their legitimate hostile acts. Therefore, the commission of "war crimes" has the legal effect of placing the actor in a similar position to that of unprivileged combatants.[61]

Since the end of the First World War,[62] it has been required for international law to immediately set the criminal responsibility on those individuals who committed serious wrongdoings at war. After the World War II, three categories of international crime at war were established by the Charter of the Nuremberg Tribunal: crimes against peace (the crime of aggression), crimes against humanity, and violation of the laws and customs of war (war crimes in the strict sense). In 1948, the most serious type of crime against humanity was defined as an independent category of crime and forbidden for the first time in general terms in a multilateral international treaty (the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide). The international crimes formulated in these four categories of crimes were introduced mainly for the punishment of offenses concerning armed conflicts, although the crimes against humanity and the crime of genocide are applicable in peace time, too. Needless to say, we have today the Rome Statute of the International Criminal Court as an outstanding regime for implementation of this international criminal law.

However, in spite of this remarkable development of international criminal law, international crimes, including war crimes in the strict sense, do not play a relevant role in the concept of the asymmetrical war. This is because resort to the concept of *asymmetrical* war is not necessary for the prosecution of terrorists under the regime of international crimes, because those combatants who committed international crimes can be punished even when they are legitimate combatants. The essential point of the elaborated concept of the *asymmetrical* war which makes the members of terrorist organizations unprivileged combatants is not that it permits the state to punish them under the regime of international criminal law, but

---

other acts of soldiers or other individuals as may be punished by the enemy on capture of the offenders." (Oppenheim, *supra* note 12, pp. 263-264.) These "war crimes" include the act of espionage, which is a *legal* method to obtain information in the sphere of international law. *Ibid.*, p. 267.

[61] Among the "war crimes," Oppenheim counted "all hostilities in arms committed by individuals who are not members of the enemy armed forces." *Ibid.*, p. 264.

[62] After the First World War, the Allied Powers attempted to establish individual criminal responsibility for the violation of international law in two directions. First, prosecution of a person who takes leadership in waging aggressive war, and second, prosecution of those who are responsible for violations of the laws and customs of war, such as killing or torture of civilians, and cruel treatment of prisoners of war. Article 227 of Versailles Peace Treaty (1919) provides for the establishment of an international tribunal to try the German emperor for "a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties." Articles 228 to 238 of the Peace Treaty put on Germany the obligation to hand over offenders against the laws and customs of war to the Allied Powers in order that they should be tried in military tribunals of the Powers.

that it categorically denies them the combatant status and allows the state to prosecute them under *national* law enforcement.[63]

The concept of asymmetrical war is highly problematic not because it extends the application of war crimes to members of terrorist organizations, but because it constructs measures on terrorist organizations as *war against criminals*.[64] In this kind of war, the state is permitted to take military actions against members of terrorist organizations without changing their legal character as criminals under municipal law. From a legal point of view, one party (a state) is recognized as having the legitimate authority to wage war and to enforce the law, and the other party (a terrorist organization) is regarded as the legitimate target of military action and the object of the law enforcement. As said above, such mixed measures of armed conflict and law enforcement may permit a state to resort to less restricted violence.

There may be two different reactions to the concept of asymmetrical war. First, we may categorically refuse it because it blurs the important distinction between the criminal procedures and the armed conflicts.[65] Second, we may try to construct the comprehensive legal institution to control activities of a state in such an asymmetrical war. This article will mainly contribute to the second alternative, although in a critical way.

Our legal tradition has developed the institution of international humanitarian law for the protection of individuals who are under attack in armed conflicts, as well as that of human rights law for the protection of individuals who are exposed to coercive measures by the law enforcement authority. Therefore, it sounds plausible to construct the mixed institution of international humanitarian law and human rights law for the protection of individuals who are exposed to mixed

---

[63] The consideration for international crimes is not totally meaningless in the elaboration of the concept of asymmetrical *war*. By legally constructing the measures on terrorist organizations not as ordinary criminal procedures but as armed conflicts, prosecution of war crimes in the strict sense is made possible with relation to such measures. However, the significance of the construction of the measures as *war* does not seem to lie in this point but in that military actions, such as targeted killing, are permitted in the measures. *Cf. The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al., supra* note 48.

[64] "In der Verknüpfung einer asymmetrischen normatives Grundstruktur – Verteidigung des Rechts gegen das Unrecht – mit kriegsrechtsähnlichen Mitteln liegt demnach das spezifisch Neue des Rechtsregimes zur Bekämpfung des modernen Terrorismus." (Pawlik, *supra* note 40, p. 23.) This diagnosis of the criminal law professor accords with the understanding of some international law scholars. For example, Dinstein describes "the phenomenon of recourse to cross-border counterforce against terrorists and armed bands" as "extra-territorial law enforcement." *Supra* note 56, p. 247. See also Kreß, *supra* note 47, pp. 397-405.

[65] A widely-read German law dictionary clearly takes the position that the fight against terrorism has to be carried out through criminal prosecution, police measures, and judicial assistance, and that military measures for fighting against terrorism are inadmissible and violate international law unless the terrorist activities come out of a state and therefore constitute an armed attack of the state. Carl Creifelds, *Rechtswörterbuch* (19th ed., 2007), *sub verbo* "Terrorismus". Pawlik criticizes such "Alternativität von Krieg und Verbrechen." *Supra* note 40, pp. 22-24.

measures of armed conflicts and law enforcement.[66] In such a mixed regime, members of terrorist organizations would have a mixed legal status of the combatant and the criminal. In order to legally construct this status, we should know better what the legal status of the criminal and of the combatant is.

III. Legal Status of the Criminal

1. Difference in Phenomena

What is the difference between the enemy and the criminal? For typical phenomena, criminals are arrested by the police and punished after the appropriate legal procedure, which hears and decides the case, while enemies are not handled by the police but are defeated by the armed forces and sometimes killed without any procedure. On what ground does the difference occur?

One might say that enemies come from the outside, while criminals appear from within. The difference between outside and inside, though, cannot explain why criminals should not be defeated by the armed forces, nor why enemies, or prisoners of war, should not be punished through criminal procedure for their participation in hostilities. The distinction between criminals and enemies does not correspond to that between national and international law. The modern national legal system recognizes the difference between criminals and prisoners of war. In this sense, the enemy in international law should be normally treated as the enemy in national law.

The intensity of the violence makes no difference. Certainly, those criminals who bitterly resist arrest with seriously dangerous weapons are sometimes shot and killed on the scene. Even in such a situation, the killing of suspected persons does not mean a successful military operation of defeating enemies, but rather the failure of the criminal investigation. According to the principles of criminal justice, criminals should be arrested and tried before the court, even when they are heavily armed. Even a criminal with a trench mortar is a criminal, while even an enemy fighting with a knife is an enemy.

As shown in the following, it is the conceptual difference which distinguishes the criminal and the enemy, each of whom constitutes a different category of status in the modern legal system.

---

[66] For example, David Kretzmer, who did a comprehensive survey about the "targeted killing," proposes a mixed model of international humanitarian law and international human rights law, which is "an attempt to create a realistic alternative that allows states to defend their residents against terrorist attack without abandoning commitment to standards of human rights and humanitarian law." Kretzmer, *supra* note 42, p 212.

2. Outlawry: War waged against the Criminal

Criminals are always negatively evaluated in society, but this does not mean that they are deprived of all legal protections. In the ancient world, however, there seems to have been such a penalty as banishing felonious criminals out of the legal order and letting them be killed as if they had been wolves in the woods, without benefit of any legal protections (outlawry, *Ächtung*, *hors la loi*).

"He who breaks the law has gone to war with the community; the community goes to war with him. It is the right and duty of every man to pursue him, to ravage his land, to burn his house, to hunt him down like a wild beast and slay him; for a wild beast he is; not merely is he a 'friendless man,' he is a wolf."[67]

This was not a normal penalty to members of the community but a kind of declaration of war against an offender by the community. In this sense, the outlawed was an *enemy-criminal*.

The concept of outlawry, or war against the criminal, was adopted by some theorists of social contract even in modern political thought. J.J. Rousseau argues that every wrongdoer attacking the law of society (*le droit social*) ceases to be a member of the State by violating its laws. The state of war emerges between the society and the criminal, where either of the two must cease to exist. When we execute criminals, they are not regarded as citizens but, rather, as *enemies*:

"Alors la conservation de l'Etat est incompatible avec la sienne [=la conservation du malfaiteur], il faut qu'un des deux périsse, et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme Citoyen que comme ennemi. Le procedures, le jugement, sont les preuves et la déclaration qu'il a rompu le traité social, et par conséquent qu'il n'est pas membre de l'Etat."[68]

According to Johann Gottlieb Fichte, the state should declare outlawry (*Rechtslosigkeit*) against those criminals who put themselves out of the protection of the state by defying its law and who have no possibility for rehabilitation.[69] The outlawed is not recognized as a person any more but becomes a *thing* or a head of *cattle*:

"[D]er Verurteilte wird erklärt für eine Sache, für ein Stück Vieh"[70]

Fichte argues that the state can, or should, eliminate the outlawed for the purpose of *security*, just as the public authority kills a dangerous beast or holds back a flood: "Der Verbrecher ist dann ein schädliches Tier, das niedergeschossen, ein ausreißender Strom gedämmt wird, kurz, eine Naturgewalt, die durch Naturgewalt vom

[67] Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, Vol. 2 (2nd ed., 1923), p. 449.

[68] Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social; ou principes du droit politique* (1762), Book 2, Chapter 5, p. 79.

[69] Johann Gottlieb Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (1922), pp. 271-273, 279-280. Deliberate murder (*absichtlicher vorbedachter Mord*) is a typical example of this category of crime. *Ibid.*, p. 279.

[70] *Ibid.*, p. 280.

Staate abgetrieben wird. […] Sein Tod ist gar nicht Strafe, sondern nur Sicherungsmittel."[71]

3. Theoretical Foundation of the Legal Status of the Criminal

The concept of outlawry is, however, unacceptable in our civil society. Needless to say, our society does not allow the state or any citizens to arbitrarily exterminate criminals, however dangerous they may be. Modern criminal justice does not outlaw criminals but gives them legal protections: arrest by warrant, prohibition of torture, right of access to courts, right of obtaining witness, etc. We should not treat criminals as dangerous and harmful beasts to be slain, but as reasonable persons whose act, intent (or fault), and responsibility must be examined and confirmed before their punishment. Even during the punishment, they should be respected as persons who deserve legal protection as such.

Why should those who seriously breach law be protected by the same law? What conception of society requires the strict restriction of the power of punishment?

In the theory of Cesare Bonesana Beccaria, the restriction is founded on the social contract. According to him, individuals, who had enjoyed natural liberty and independence, became weary of continual war in the state of nature and agreed to renounce a part of their liberty for the purpose of securing the rest of it. The sum of those portions of the liberty renounced by each individual constitutes the sovereignty of the nation,[72] *i.e.* the foundation of the state's right to punish. The state can exercise its right of punishment as far as it is necessary for the protection of the minimum liberty which the individuals had to deposit with the state to achieve security for their own liberty. Beyond this limit, punishment would be an abuse of the state power:[73]

"Toute peine est injuste, aussitôt qu'elle n'est pas nécessaire à la conservation du dépot de la liberté publique".[74]

In other words, the legislature that represents the society established by a social contract can impose punishment, within the limit of the contract, on its members who are the party to the same contract.[75]

His famous argument against the death penalty is also founded on the theory of social contract. The right of punishment derives from an agreement of individuals to renounce a part of their liberty, *i.e.* a social contract. Therefore, the State does not have a right to the death penalty, because nobody will reasonably agree

[71] *Ibid.*, p. 282.
[72] Cesare Bonesana Beccaria, *Traité des délits et des peines* (traduit de l'Italien, d'après la troisième édition, revue, corrigée et augmentée par l'auteur, 1766), pp. 10-11.
[73] *Ibid.*, p. 13.
[74] *Ibid.*, pp. 13-14.
[75] *Ibid.*, §3.

to give any other persons the right to deprive him/her of his/her own life. The legislature cannot introduce the death penalty into its society:

"Les Loix ne sont que la somme des portions de liberté de chaque particulier, les plus petites que chacun ait pu céder. Elles représentent la volonté générale qui est l'assemblage de toutes les volontés particulieres. Or qui jamais a voulu donner aux autres hommes le droit de lui ôter la vie?"[76]

It is noteworthy that, according to Beccaria, criminals continue to be party to their social contract, though crimes are considered as violations of the social contract.[77] Beccaria thinks that the violation of the social contract does not expel an offender out of the protection of the contract, while Rousseau argues that an offender is ousted from the social contract. Therefore, according to the former, the offender maintains the status as a member of the society, and the punishment imposed on the offender is restricted by the contract which s/he violated. In other words, individuals are not outlawed even if they committed crimes. The relation between the State and a criminal is regulated by the social contract because the criminal is recognized as party to the social contract which binds the State.

Protected by the social contract, the criminal has an essentially different legal status from that of the enemy. To the enemy, who is by its nature not party to *our* social contract, the contract does not give the protection. Beccaria says that the state of war continues to exist among nations because the social contract does not regulate their relations:

"Quelque sociétés étant formées, il s'en établit bientôt de nouvelles pour résister aux premières, et l'état de guerre entre les nations succéda à celui qui avait été entre les individus."[78]

The naked violence in the state of war is, accordingly, allowed against the enemy who does not belong to *our* nation.

Immanuel Kant also admits the legally protected status which individuals hold even after having breached the law. He calls the status "*Persönlichkeit*." It is well known that Kant objects to the punishment mainly for special or general prevention. This objection is founded on the concept of *Persönlichkeit*:

"Richterliche Strafe"(poena forensis) […] kann niemals bloß als Mittel ein anderes Gutes zu befördern für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muss jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines Anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, *wo wider ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt*, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann".[79]

---

[76] *Ibid.*, pp. 96-97.

[77] In case of crime, according to Beccaria, the sovereign affirm that the social contract is violated. *Ibid.*, pp. 15-16.

[78] *Ibid.*, p. 10.

[79] Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, die Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften ed., *Kant's Gesammelte Schriften*, Vol. 6 (1914), p. 331, emphasis added.

Criminals should be respected as persons even on the scene of their prosecution and punishment. As long as they are persons, we should not straightforwardly remove them out of our society for the purpose of public security as if they were dangerous things or beasts. The state should confirm their liability — only reasonable persons are liable for their behaviors — through due process, and impose reasonable retribution on them.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel also lays the foundation and criteria of punishment on the concept of person. For him, one of the most basic principles of law is the mutual recognition of personality.[80] Individuals as persons possess their life, body, and property, which are the spheres where their freedom finds its concrete existence. Crime is the negation of personality of others through violent infringement to their possessions.[81] The legal principle of mutual recognition of personality is negated by the crime, and the penalty is necessary to recover the legal order based on the mutual recognition. The punishment "is the abolishment of the crime, which would otherwise be valid, and is the reestablishment of the law (*ist das Aufheben des Verbrechens, das sonst gelten würde, und ist die Wiederherstellung des Rechts*)."[82]

In Hegel's theory, criminals should not be expelled from legal order because of their offences, but should remain in the legal order of mutual recognition of personality. Punishment is not the measure to outlaw criminals and to deprive them of legal protection but the means to restore that mutual recognition between the criminals and other persons which has been disrupted by the crimes. Criminals as persons should not be eliminated as if they were dangerous beasts. Criminals should be punished because they infringed other persons. For the punishment, the possessions of the criminals, where their freedom finds its concrete existence, should be compulsorily infringed to the extent that they themselves have forcibly transgressed the possessions of others.[83] This reciprocity provides for the principle that puts restrictions on punishment.

For Hegel, criminals are punished because they are recognized as persons. Even in capital punishment, criminals continue to be persons. The injury inflicted on criminals as punishment is based on their will as person:

"Denn in seiner als eines Vernünftigen Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß durch sie ein Gesetz aufgestellt ist, das er in ihr für sich annerkannt hat, unter welches er also als unter sein Recht subsumiert werden darf.[84]

---

[80] "Das Rechtsgebot ist […]: sei eine Person und respektiere die anderen als Person." (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (7th work in 20 volumes published by Suhrkamp, 1986), §36, p. 95.)

[81] "[Das Unrecht ist] eine Gewalt gegen das Dasein meiner Freiheit in einer äußerlichen Sache." (*Ibid*., §94, p. 180.)

[82] *Ibid*., §99, p. 187.

[83] *Ibid*., §101, pp. 192-194.

[84] *Ibid*., §100, p. 190.

Since murderers are considered to have, through their act of murder, enacted a law which they will universally apply, they should be killed according to their own law. In this sense, the criminals are respected as reasonable persons, who should act according to a rule which they think is universally applicable. Such respect would not be expected if a criminal were treated as "harmful animal (*schädliches Tier*)."[85]

Of course, type and degree of punishment cannot be deducted exclusively from the concept of person, but should be determined in consideration of the influence of a crime on society. Hegel admits that even a minor crime could be punished from the viewpoint of "danger for the civil society" in an unstable society.[86] For Hegel, the element of danger for the society only affects *how*, and *to what extent*, a criminal should be punished, not *why*.

If elimination of danger for society were the only foundation of punishment, it could not provide the grounds to prohibit annihilating criminals as if they were harmful beasts. In our society, on the contrary, criminals are recognized as persons. As persons, criminals should not be outlawed but hold at least the minimum legal protection of the civil society. The protected sphere of personhood, sometimes called *privacy*, should be admitted to criminal suspects. They are punishable only after their responsibility as reasonable persons has been carefully examined in due process, where the opportunity for defense must be given to them.

Günther Jakobs, a prominent criminal law professor in Germany, proposes the distinction between "criminal law for a citizen (*Bürgerstrafrecht*)" and "criminal law against an enemy (*Feindstrafrecht*)." In his theory, the concept of person plays a critical role. Among members of a civil society, there normally exists the relationship among persons, which is regulated by norms of the society. Even when a member commits a crime, the criminal is not expelled from the society but still remains in relationship among persons where the norms of civil society are applied. The criminal should not be eliminated as a dangerous *thing*, but continue to hold the legally protected status as a person, who is expected to heal the rift created by the crime between him/her and the society to reconcile him/herself with the society. This is because we count on the criminal to recognize the fundamental norms of civil society as a whole, and to behave, in principle, on the basis of the

---

[85] "Dass die Strafe darin als sein eigenes Recht enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt. –Diese Ehre wird ihm nicht zuteil, wenn aus seiner Tat selbst nicht der Begriff und der Maßstab seiner Strafe genommen wird; – ebenso wenig auch wenn er nur als schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung." (*Ibid.*, §100, p. 191.)

[86] Hegel does not exclude the possibility to put a beetroot thief to death in order to make an example for a precarious society. *Ibid.*, §218, pp. 371-372. However, he maintains that viewpoint of danger for the society primarily reduces the penalty. "Der Gesichtspunkt der Gefährlichkeit für die bürgerliche Gesellschaft, indem er die Verbrechen zu aggravieren scheint, ist es vielmehr vornehmlich, der ihre Ahndung vermindert hat." (*Ibid.*, p. 372). In a firm and self-confident society, a crime is considered as an isolated individual act which acquires little influence over society. It is not necessary to severely punish a criminal there.

relationship among persons, even though the criminal infringed some particular rights of other persons though the crime. For example, those who steal some possession of others do not deny the institution of property itself and are reasonably expected to act on the basis of the fundamental norms of the society.[87]

There exist, however, offenders who radically refuse to recognize the fundamental order of the present civil society. We do not recognize this kind of offender as a person because they refuse to behave as person in relation to us. Therefore, measures are taken against them from the viewpoint of elimination of danger for society. Jakobs names these measures "criminal law against the enemy," which is "tamed war (*gebändigt[er] Krieg*)."[88]

Jakobs' theory is based on the traditional distinction between the enemy and the criminal, on which the protected status of the latter in the civil society has been founded. In this sense, it seems appropriate to call exceptional measures against terrorists "criminal law against the *enemy*."

IV. Legal Status of the Enemy

1. Who is Recognized as Person in War?

When we confront enemy soldiers on a battlefield, we cannot treat them as persons. At this scene, the enemy is regarded as a danger to our security as well as an obstacle to our mission. We have to defeat or eliminate it as soon as possible. Is it acceptable for us to defeat and eliminate those who are recognized as persons as if they were just dangers or obstacles?

Even for Kant, a universalist thinker who earnestly advocated the "inherent personality (*angeborene Persönlichkeit*)," no personal relation is recognized between soldiers attacking each other on the battlefield. If enemy soldiers were recognized as persons, we should prove the acts attributed to them and their responsibility before attacking them: *"Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind"*.[89] In Kant's theory of international law, war is a way in which a *state person* pursues its own rights against another *state person* by using its own force.[90] In

[87] Günther Jakobs, " Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht," *HRRS*, 3/2004 (5th Year), pp. 88-95. *Available at* <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>.

[88] *Ibid.*, p. 92.

[89] Kant, *supra* note 79, p. 223.

[90] "Das Recht der Staaten in Verhältnis zu einander […] ist nun dasjenige, was wir unter dem Namen des Völkerrechts zu betrachten haben: wo ein Staat, *als eine moralische Person*, gegen einen anderen im Zustande der natürlichen Freiheit, folglich auch dem des beständigen Krieges betrachtet, teils das Recht zum Kriege, teils das im Kriege, teils das, einander zu nötigen, aus diesem Kriegszustande herauszugehen, mithin eine den beharrlichen Frieden gründende Verfassung d.i. das Recht nach dem Kriege, zur Aufgabe macht." (*Ibid.*, p. 343, emphasis added). "Im natürlichen Zustande der Staaten ist das Recht zum Kriege (zu Hostilitäten) die erlaubte Art, wodurch *ein Staat sein Recht gegen einen*

other words, it is state persons who confront each other in the legal relation of war.[91] Soldiers carrying out their combat mission under the command of the sovereign do not stand in personal relation to the enemy soldiers.

Not being recognized as persons, soldiers in war cannot expect the enemy to guarantee them the protection of civil liberties which is given even to the criminal. From a different point of view, the fact that the enemy is not recognized as person in war, or more exactly, that war is not regarded as the relation among individual persons but as the relation between state persons provides grounds for protection of the enemy. As war is the relation of a state to another, it is a state who acts in war, that is, acts of war should be attributed to the state, not to individuals. Therefore, enemy soldiers who take part in hostilities bear no responsibility for the acts of war, and should not be punished for their participation in the war. This means: *The enemy should not be treated as the criminal.*

2. The Enemy is not a Bandit: A Roman Law Tradition

In the tradition of the law of war, the distinction between the enemy and the criminal has been expressed by the thesis: the *enemy is not a bandit*. Members of a criminal organization (bandits) who perform functions of its organized offense should be severely punished for their participation, while soldiers of the army who carry out their mission should not be treated in the same way as bandits. Such protected status of the enemy who is distinguished from the criminal was already formulated in classic Roman law and maintained in the just war theories of the Middle Ages.
It is well known that the Romans developed ideas concerning the restriction of war. This ideal was that war for just causes shall be formally declared, and waged in a just way. Rome should resort to war only when the war was justified by legitimate grounds, such as violation of treaty, defection from an alliance or league, offences committed against allies, violation of the sanctity of ambassadors, unjustified refusal to receive embassies, denial of neutrality, infringement of territorial rights, desecration of sacred places, and unjust refusal of extradition.[92] According to the procedures of the Roman *jus fetiale*, Rome had to dispatch a delegation to an offending city to make a demand for satisfaction, and wait some time for an answer before Rome declares war against the city.[93] Even after the declaration of war, not everything is permitted against the enemy. For example, Cicero argues, with reference to the Roman practices, that faith must be kept in a promise to the

anderen Staat verfolgt, nämlich, wenn er von diesem sich lädiert glaubt, durch eigene Gewalt." (*Ibid.*, p. 346, emphasis added.)

[91] According to Kant, it is not permissible to forcibly deprive individual persons in the enemy State of their possessions. As it is State persons who act in war, the private possession of individual persons should be exempted from the act of war. See *ibid.*, pp. 347-348.

[92] Coleman Phillipson, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome* (1911), pp. 181-193. David J. Bederman, *International Law in Antiquity* (2001), pp. 222-225.

[93] Phillipson, *supra* note 92, pp. 180-181; Bederman, *supra* note 92, pp. 231-232.

enemy,[94] that it is a great disgrace to fight enemy with poison,[95] and that they should have concern for the enemy conquered by them and take in the enemy surrendering to them.[96]

Concerning the status of enemy, the important point is that this Roman law of war, which included both *ius ad bellum* and *ius in bello*, was applied only to those who were recognized as the *enemy* by Rome. According to Ulpian, *enemy* was defined as those against whom Rome had publicly declared war or who had declared war on the Roman people. Those who were not approved as *enemy* were mere bandits (*latrunculi*) who did not have any legal status in the Roman law of war, and were not protected by the law.[97]

It has been well known that, in ancient Greece and Rome, the status which deserved the application of law and custom of war was seriously limited:

"The rule and principles of war were considered both in Hellas and in Rome to be applicable only to civilized sovereign States, properly organized, and enjoying a regular constitution; and not to conglomerations of individuals living together in an irregular and precarious association. Rome did not regard as being within the comity of nations such fortuitous gatherings of people, but only those who were organized on a civilized basis, and governed, with a view to the general good, by a properly constructed system of law […]. Hence barbarians, savage tribes, bands of robbery and pirates, and the like, were debarred from the benefits and relaxations established by international law and custom."[98]

"According to the *Digest*, the property of barbarians was *res nullius*, subject to acquisition without formality or declaration of war; individuals could be subjected to slavery, their burials desecrated. […] Roman practice thus continued Greek notions of distinguishing polities within a community of nations (whose relations were subject to the rule of law) and those peoples outside the pale of civilization."[99]

In Roman law, the belligerent status recognized and protected in law of war was articulated by the concept of *enemy* distinguished from *bandit*. The latter, including robbers, pirates, and "barbarians," was exposed to naked violence outside the regulation of the law of war.

The medieval legal theories of just war inherited from Roman law the distinction between those who are entitled to wage war and protected by law of war (*enemy*) and those who are not (*bandits*). Today, only the element of just causes in just war theories greatly draws the academic interest of international law researchers, but the question about the subject of the right to war (*ius ad bellum*) was no less important in the medieval just war theories. It seems suggestive that the first

[94] Marcus Tullius Cicero, translated by E.M. Atkins, *On Duties* (1991), Book I 39-40, pp. 17-18.
[95] *Ibid.*, Book III 86-87, pp. 132-133.
[96] *Ibid.*, Book I 35, pp. 14-15.
[97] *Digest*, 49, 15, 24 (translated by S.P. Scott, *The Civil Law* (1973), Vol. 11, p. 186).
[98] Phillipson, *supra* note 92, p. 195
[99] Bederman, *supra* note 92, p. 47.

of the three elements of the just war in Thomas Aquinas' theory (authority, just cause, and just intention) mainly concerns the limitation of the subject of the right to war.[100] The limitation of those entitled to wage war could substantially contribute to the restriction of war itself, especially in the medieval society, where people of various ranks resorted to violence for self-help in protection of their rights.[101]
In the late Roman Empire, St. Augustine, who had great influence on just war theories in the Middle Ages, argued that just war should be waged on legitimate authority.[102] Moreover, "in doubtful cases, Augustine advised the soldier as a servant of civic peace to obey even a sacrilegious king and to fight even an unjust war unless the prince ordered deeds that clearly contravened divine precepts."[103] The Gratian's Decretum, one of the most important documents of medieval canon law, followed Augustine and also provided that war must be waged on authority. "Only legitimate authority and soldiers under their command were capable of undertaking a just war."[104] By such limitation of the subject of right to war, Gratian pursued the humanitarian purpose: to mitigate brutality of violence.[105] At the same time, Gratian exempted soldiers obeying evil commands of their prince from the blame for their participation in the unjust war:

"The notion concomitant with the assertion of authority was the duty of obedience on the part of soldiers in the ranks. The just man in military service could justly wage war at the command of the prince, even if the prince were a sacrilegious person, so long as his orders did not contravene divine precepts. In case of doubt concerning the consonance of military commands with divine precepts, the soldier was to render the accustomed obedience. *Obedience to evil commands, or even in a war motivated by greed, rendered the warrior innocent of any blame, while the prince's iniquity was upon his head alone.*"[106]

The argument that those soldiers who take part in an unjust war waged under legitimate authority should not be blamed for the war presupposes the distinction between the enemy and the criminal. It is because even an unjust war is also a war, and is distinguished from an organized crime (banditry), that the soldiers carrying out the unjust war are not blamed for their killing. The most important criterion of this distinction in the medieval just war theories was the notion of legitimate authority.[107]

3. Status of the Enemy in Modern International Law

---

[100] *Cf. supra* note 23.
[101] See Russell, *supra* note 23, p. 270.
[102] *Contra Faustum*, XXII, 74-75 (*Œuvre complètes de Saint Augustin* (1870), Vol. 26, pp. 222-224); Russell, *supra* note 23, p. 22.
[103] *Ibid.*
[104] *Ibid.*, p. 69.
[105] *Cf. supra* note 23.
[106] Russell, *supra* note 23, p. 69, emphasis added.
[107] Concerning other medieval canonists, see *ibid.*, pp. 100-105, 138-155.

In the social order of the Middle Ages, it was not clear who the "prince" having the authority to wage war was. The appropriate holder of the authority could not be definitely determined under the medieval just war theories.[108] However, as the concept of the sovereign state came to occupy a principal position in modern political and legal thought, the state became exclusively invested with the authority to wage war.

During the Netherlands' War of independence, Balthazar Ayala (1548-1584) formulated the modern concept of war, according to which only states were recognized as legitimate actors, by referring to the classical notion of legitimate authority and the distinction based on this notion between the enemy and the criminal. The Netherlands was regarded as a group of "rebels" by the Spanish monarch, and Ayala belonged to the Spanish army as a military auditor. In his *Three Books on the Laws of War and on the Duties Connected with War and on Military Discipline*, Ayala argued that "in order that a war may be styled just, it ought in the first place to be declared and undertaken under the authority and warrant of sovereign prince, in whose hands is the *arbitrament* of peace and war,"[109] and, therefore, that rebels, who acted without the authority of a sovereign prince, should not be classed as the enemy.[110] An armed conflict with rebels having no legal status of enemy was not war, and therefore, the law of war was not applied to them:

"[T]he laws of war and of captivity and of postliminy, which apply to enemies, do not apply to rebels, any more than they apply to pirates and robbers (these not being included in the term 'enemy')."[111]

This distinction of the enemy from robbers, that is, the formulation that only those who fight a war under the authority of a sovereign state are classed as the enemy as distinguished from robbers and pirates, does not seem to come into the consciousness of international law scholars today. However, this formulation used to be often explicitly referred to in the modern international law doctrines until the late nineteenth century.

Emer de Vattel (1714-1767) referred to the distinction between the enemy and the criminal in his modern legal doctrine of war, in which belligerent states were regarded legally equal with each other. Vattel developed an influential legal theory about the international society which consists of independent and equal sovereign

---

[108] "There were in effect three major positions on the requisite authority for a just war. The most restricted position, best explained by Hostiensis and seconded by Dante, limited the right to wage a full just war to the Emperor. In some special cases, Hostiensis accorded the right to the pope. The second position, advanced by Innocent IV among others, limited the waging war of a just war to those authorities having no superior over them. The third position, espoused by William of Rennes, granted the right to wage war to every feudal lord who had no superior within the feudal hierarchy." (*Ibid.*, pp. 298-299.)

[109] Balthazar Ayala, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari*, libri III, reprinted in *the Classics of International Law* (translation by John Pawley Bate, 1912), Book I, Chapter 2, 7, p. 9.

[110] *Ibid.*, Book I, Chapter 2, 14, p. 11.

[111] *Ibid.*, Book I, Chapter 2, 15.

states, each of which is established by the social contract among individuals in the state of nature.

After the establishment of the political society, Vattel says in his famous books on the law of nations, the right to use force does not belong to individuals, because the public authority is obliged to settle all the disputes among the citizens, to repress the violation in the society, and to protect rights of the citizens in international sphere.[112] Only the sovereign power has the authority to wage war,[113] and the subjects are not permitted to commit any hostilities without sovereign order.[114] The sovereigns can legally resort to war, carrying out the procedure of declaration of war, when their legitimate demands on other states are not satisfied. Such a war is the legitimate war in due form (la Guerre légitime et dans les formes), where rules of natural law and custom should be observed.[115]

This legitimate war in due form must be carefully distinguished from informal and illegitimate war. The latter could be rather called "*brigandages*."[116] Those who resort to armed force without legitimate authority, without apparent cause, or without due formality are not respected as "Ennemi"[117] on an equal footing but treated as "brigands" who deserve hanging.[118]

This traditional distinction between the enemy and the criminal was adopted by Georg Friedrich von Martens (1756-1821), whose famous book on the law of nations of Europe was first published in 1789 and widely distributed in various editions of different languages throughout the nineteenth century. According to Martens, war can be waged only by the troops of the state and those who are authorized by the state. These "legitimate enemies" should not be punished, while those who take up arms under private authority can be treated as "illegitimate enemies" and punished as "brigands or pirates." The right to defeat the enemy is, in his argument, clearly distinguished from the right to punish the criminal:

"[L]es puissances de l'Europe ont reconnu dès longtemps le principe que, même après la délaration de guerre, il n'est pas indistinctement permis aux sujets de prendre part aux hostilitiés, […] et que, sur le continent, la guerre ne doit se faire que par les troupes que l'État s appellées à son service, ou par des companies franches, etc., don't il a autorisé le rassemblement; et sur mer, par les vaisseaux de guerre de l'État ou par des armateurs munis de ses lettres de marque; que tous les

---

[112] Vattel, *supra* note 2, Book 3, Chapter 1, §4.
[113] *Ibid.*
[114] *Ibid.*, Book 3, Chapter 15, §223.
[115] *Ibid.*, Book 3, Chapter 4, §66.
[116] "Il faut soigneusement distinguer la Guerre légitime et dans les forms, de ces guerres informes et illégitimes, ou plutôt de ces brigandages, qui se font, ou sans Autorité légitime, ou sans sujet apparent, comme sans formalités, et seulement pour piller." (*Ibid.*, Book 3, Chapter 4, §67.)
[117] *Cf.* Introduction of this paper.
[118] "Entreprise sans aucun droit, sans sujet même apparent, elle ne peut produire aucun effet légitime, ni donner aucun droit à celui qui en est l'Auteur. La Nation attaquée par des ennemis de cette sorte, n'est point obligée d'observer envers eux les règles prescrites dans les Guerres en forme; elle peut les traiter comme des brigands." (Vattel, *supra* note 2, Book 3, Chapter 4, §68.)

autres sujets, au contraire, qui, de leur autorité privée, agiraient offensivement, soit sur le continent, soit sur mer, peuvent être traités comme ennemis illégitimes, et punis comme brigands ou pirates."[119]

"La guerre autorise à considérer comme ennemis tous les sujets de l'État contre lequel elle a été déclarée, en tant qu' il s'agit de poursuivre contre eux la satisfaction que nous réclamons. Mais comme dans les guerres des natons, *aucune n'est autorisée à punir son ennemi légitime*, le droit de le blesser et de le tuer ne repose que sur celui de vaincre la résistance qu'il nous oppose, ou de repousser son attaque." (emphasis added)[120]

The recognition only of the state as enemy, that is, the restriction of holder of the right to war exclusively to the state, leads to the idea that war is a relation of a state to another. This inter-state concept of war has been one of the most important foundations for the development of modern law of war, or international humanitarian law. From the viewpoint of influence on the future generations, the most important formulation of war is found in J.J. Rousseau, *Du contrat social*:
"La guerre n'est […] point une rélation d'homme à homme, mais une rélation d'état à état, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats […]"[121]

The war is not a relation of man to man, but a relation of state to state, where the particulars are enemies only accidentally, not as men, nor even as citizens, but as soldiers. We must pay notice to the distinction between "*citoyens*" and "*soldat*," which seems to correspond to the distinction between "*citoyens*" and "*sujets*." Individuals are called "*citoyens*" in the aspect of their participation in the sovereign authority, while they are called "*sujets*" in the aspect of their submission to laws of the State.[122] According to Rousseau, individuals are not enemies against each other as human beings, nor as citizens who actively participate in the sovereign authority and, therefore, share responsibility for the state act, but only as soldiers who are subject to decisions of the state and passively receive orders from the sovereign.
The principles of protection of the enemy follow from this inter-state concept of war: the rights and honors of civilians should be protected, because those individuals who do not directly take part in a state act of war should in principle be immune from the effect of war; hostilities should not be directed against prisoners of war who cannot act any more under their sovereign command; those means of combat which are unnecessary for the purpose of defeating the enemy state should be prohibited.

---

[119] Georg Friedrich von Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, nouvelle edition par Vergé, Vol. 2 (1858), §271, p. 228.
[120] *Ibid.*, §272, p. 231.
[121] Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (1762), Book 1, Chapter 4, p. 20.
[122] "A l'égard des associés ils prennent collectivement le nom de people, et s'appellent en particulier *Citoyens*, comme participant à l'autorité souveraine, et *Sujets* comme soumis aux loix de l'Etat." (*Ibid.*, Book 1, Chapter 6, p. 34.)

Rules of the international law of war, especially those on land, developed in the form of customary law in eighteenth and nineteenth centuries and were systematized in the late nineteenth century. Rousseau's inter-state concept of war played a pivotal role in the systematization of the law of war in continental Europe. Johann C. Bluntschli (1808-1881), representative public law scholar in Germany in the 1850's and 1860's[123] and author of a well-known book on international law, deduced humanitarian principles of the law of war from the concept of war between sovereign states.

It is obvious that Bluntschli adopted the inter-state concept of war. According to him, "war is self-help with armed force by one state power in conflict with another state power (*Krieg ist bewaffnete Selbsthilfe einer staatlichen Macht im Widerstreit mit einer andern staatlichen Macht*)," [124] and "the war is a legal dispute between states as parties to war over public law (*der Krieg ist ein Rechtsstreit zwischen Staten als Kriegsparteien über öffentliches Recht*)." [125] "The belligelent states are," therefore, "enemies in the proper sense, while the private persons as such are not enemies, neither among one another nor toward the enemy state (*Die kriegführenden Staaten sind Feinde im eigentlichen Sinn, die Privatpersonen dagegen sind als solche nicht Feinde, weder unter einander noch dem feindlichen Staate gegenüber*)." [126]

On the basis of this concept of war between states, which are definitely distinguished from private persons, the principle is introduced: The peace continues in the private sphere especially concerning life, property, and family, even during the war:[127]

"Das Recht der persönlichen Sicherheit, der Ehre, der Freiheit ist Privatrecht und *dieses bleibt im Kriege unversehrt*. Die feindliche Kriegsgewalt ist nur zu den Maßregeln befugt, welche zu Staatszwecken dienen und im Interesse der Kriegsführung liegen. Sie kann die freie Bewegung der Privaten hemmen, den Privatverkehr unterbrechen, Straßen und Plätze absperren, die Einwohner entwaffnen usf. Wie das Privatrecht sich dem gewaltigeren Rechte der Gesamtheit, d.h. dem Staatsrecht auch im Frieden unterordnen muss, aber doch nicht von dem öffentlichen Rechte aufgehoben und verschlungen werden darf, so *legt das öffentliche Kriegsrecht seine notwendigen Gebote auch den Privaten auf, aber es erkennt zugleich das Privatrecht an*." [128] In this citation, we can clearly see the typical modern humanitarian legal thought on war: Because war is a relation between states, the belligerent state must respect

[123] In the field of public law, or *allgemeine Staatslehre*, Bluntschli was "representative for the two decades after 'Pauluskirche' in Germany." Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Vol. 2 (1992), p. 430.
[124] Johann C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (2nd ed., 1872), §510, p. 286.
[125] *Ibid.*, §511, p. 286.
[126] *Ibid.*, §531, p. 296.
[127] See *ibid.*, p. 35.
[128] *Ibid.*, p. 36, emphasis added.

rights in the private sphere of the enemy people, and can restrict these rights only from the public point of view, such as for the continuation of war and occupation. His arguments about the treatment of enemy combatants are more important for our interest in the status of the enemy, for how soldiers carrying out war should be treated clearly indicates the status of enemies distinguished from criminals. According to Bluntschli, an individual is not only a private person but also a member of the state. Individuals stand out of war as private persons, while they commit themselves in war as members of the state.[129] As members of the state, individuals are inevitably exposed to the violence of the war, and especially combatants, who actively take part in hostilities under the command of the State, are treated as "indirect enemies (*mittelbare Feinde*)" and set up as the target of destruction.[130]

However, not every kind of measure is allowed even against enemy combatants. War is not the purpose in itself, but it is only "*self-help of state and a means for the purpose of the state*." "Therefore, the power for war (*Kriegsgewalt*) is not absolute." It is legally restricted within the limits of the purpose of State.[131]

The inter-state concept of war is invoked as grounds for the restrictions on behavior in war. As for the restriction on methods and means of combat, Bluntshli says "because the war is waged only by state against state, the means for war (*Kriegsmittel*) are restricted to the means to break the resistance of the enemy state and coerce it into giving in."[132] When enemy combatants are captured, they should be humanely treated as prisoners of war, because they take part in war under the commission and authorization of their state, and because they are imprisoned not on criminal, but on political and military grounds.[133] In his arguments about the protection for prisoners of war, the distinction between the enemy and the criminal is explicitly referred to:

"*Die Kriegsgefangenen dürfen nicht als Verbrecher, nicht als Züchtlinge behandelt werden. Sie werden nicht zur Strafe, sondern der Sicherheit wegen und um den Feind eher zum Frieden zu nötigen, in ihrer Freiheit beschränkt und verwahrt"*. Sie dürfen daher nicht misshandelt und gequält, noch zu Arbeiten angehalten werden, welche ihrer Lebensstellung nicht angemessen sind, auch dann nicht, wenn man von ihnen fordern kann, dass sie ihren Lebensunterhalt mit ihrer Arbeit verdienen. Sogar ihre Bewegung und

[129] "Die Individuen sind als Privatperson keine Feinde, als Staatsangehörige sind sie beteiligt bei der Feindschaft der Staaten." (*Ibid.*, p. 35.)

[130] "Inwiefern […] die Angehörigen eines States, der Krieg führt, als Staatsbürger oder Untertanen der Staatsgewalt öffentlich-rechtlich verpflichtet sind, werden sie auch von der Kriegsgewalt des Feindes betroffen und inwiefern sie persönlich an dem Kampfe des States Teil nehmen, werden sie auch als mittelbare Feinde betrachtet und behandelt." (*Ibid.*, §532, p. 297.)

[131] *Ibid.*, p. 37.

[132] "Da der Krieg nur von Staat gegen Staat geführt wird, so sind die Kriegsmittel beschränkt auf die Mittel, den Widerstand des feindlichen Staats zu brechen und denselben zum Nachgeben zu nötigen." (*Ibid.*, §558, p. 313.)

[133] *Ibid.*, pp. 342-343.

ihre Beschäftigung sind nicht mehr zu beschränken, als es das Interesse der Sicherheit fordert."[134]

In parallel with this distinction, Bluntschli makes a clear distinction between the right to combat and the right to punishment. A belligerent state can execute wrongdoers in a battle field such as pirates, spies, and looters. This execution presupposes, though, a criminal procedure, even when it is a summary martial court. This is not a matter of the right to combat (*Kampfesrecht*) but of the right to punishment, or penal law (*Strafrecht*).[135]

V. Conclusion

The military measures adopted by a state against a transnational terrorist organization or network seem to fit in with neither the paradigm of law enforcement nor the paradigm of war, *i.e.*, international armed conflict. In the former paradigm, measures of state authority against a criminal would be strictly constrained by human rights law and attacking and killing the suspects without due process would not be permitted. On the other hand, according to the latter, the relation between the state and the terrorist organization would be regulated by the law of war. This means that the terrorist group is recognized as a belligerent who stands on an equal footing with the state, and its members enjoy the combatant status including immunity from the criminal responsibility for having taken part in the hostilities.
Therefore, some legal experts try to explain the measures under a mixed paradigm of law enforcement and war. This paradigm makes possible the concept of international armed conflict of an asymmetrical character, *i.e.*, between the law enforcement authority and the criminal organization. However, this concept of asymmetrical war raises the problem of a gap in the protection. The *enemy-criminals* in the war are not protected by due process because this is not criminal procedure but war, nor do they enjoy the combatant status because they are not lawful combatants who can legitimately take part in hostilities, nor is military attack on them prohibited because they do not deserve the protection for civilian.

To fill the gap, attempts are being made to establish a mixed regime of international humanitarian law and human rights law. The task is likely much more difficult and complicated than it appears at first glance. This is because these two traditionally protected statuses of the enemy and the criminal have been founded on totally different legal structures. The foundation of the protection for the criminal is the recognition of *citizenship*, *i.e.*, membership in the civil society. A criminal is not considered as a *thing* or a *beast* of danger to be exterminated, but as a person who continues to be a member of *our* civil society, whom we expect to keep with us the social relations based on fundamental legal principles of citizenship. There-

[134] *Ibid.*, pp. 38-39.
[135] *Ibid.*, p. 38.

fore, they should not be expelled from the society, but guaranteed the minimum protections of the society. On the contrary, the enemy is, by the definition, out of our civil society. It is impossible to give enemy soldiers on the battle field the protection reserved for a citizen. The protection of the combatant is not founded on the existence of personal relations between them and us, but rather on the lack of such relations. The war is the relation between the entities which have the authority to wage war. Enemy soldiers do not attack us for their personal reasons but because of their obedience to the commands of their legitimate authority. Namely, a legitimate combatant acts as a *subject* of the legitimate authority. Therefore, the act of war is ascribed to the authority itself and its subjects should not be regarded as personally responsible for hostile acts against us. Thus, the distinction as to the status between the criminal and the enemy corresponds to one of the most fundamental distinctions as to the status of human beings living in the political entity: citizen and subject (citoyen/sujet, Bürger/Untertan). Considering this fundamental distinction, one can understand why the concept of the enemy has been used for the negation of the protected status of the criminal,[136] and the concept of the criminal (brigand, bandit robber, and so on) for the negation of the status of the enemy.[137]

It seems unrealistic to extend the citizenship of a belligerent state toward members of transnational terrorist organizations against which the state takes military measures, or to construct a cosmopolitan citizenship including them. Conversely, it is inconceivable to admit the authority to wage war to the organizations. We should take a middle route to impose restrictions on measures in asymmetrical war. An attempt to construct the mixed regime may be the most successful one. For this task, however, the fundamental distinction between the criminal and the enemy should be taken into account. An easygoing fabrication of the mixed regime of protection for *enemy-criminals* would undermine the existing protections for the criminal and for the enemy, because the two concepts of enemy and criminal have the potential of negating the protection of each other.

---

[136] *Supra* Chapter II, section 2 and text accompanying notes 87 and 88. It is noteworthy that, in the history of the United States, the large-scale preventive administrative measures categorically denying the civil liberties guaranteed to criminal suspects have been often adopted against the "enemy" in the territory. *Cf.* David Cole, "The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism," *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 38 (2003), pp. 1-30; David Cole, "Enemy Aliens," *Stanford Law Review*, Vol. 54 (2001-2002), pp. 953-1004.

[137] *Supra* Chapter III, sections 2 and 3.

Der Sicherheitsgedanke im Strafrecht und seine Grenzen am Beispiel der Maßregeln der Besserung und Sicherung

Jörg-Martin Jehle

Seit den 1990er Jahren ist wieder ein verstärkter Ruf nach mehr Sicherheit zu vernehmen. Dazu haben verschiedene Strömungen beigetragen: die mehr und mehr Einfluss gewinnende Opferbewegung, die massenmediale Skandalisierung schwerer Straftaten, insbesondere von Rückfalltaten, und eine - auch deshalb - steigende Kriminalitätsfurcht, die das Opferrisiko überschätzt. Wie sich exemplarisch an der Entwicklung des Maßregelrechts und der Sicherungsverwahrung zeigen lässt, hat der Gesetzgeber in den vergangenen Jahrzehnten dieses Verlangen nach Sicherheit vor Kriminalität im Wesentlichen mit Strafschärfungen und der Ausweitung stationärer Maßregeln beantwortet. Diese Tendenz ist aus rechtlicher und empirischer Sicht kritisch zu bewerten. Die gravierendsten Auswirkungen haben sich in verfassungswidrigen rechtlichen Konzepten der Sicherungsverwahrung sowie in einem enormen Aufwuchs der Maßregelpatienten gezeigt.

1. Rechtsgüterschutz bzw. „Gesellschaftsschutz" durch Strafrecht

Aus strafrechtlicher Perspektive kann man das Sicherheitsdenken mit dem Rechtsgüterschutz als Funktion des Strafrechts zusammen bringen. Als Aufgabe des Strafrechts gilt gemeinhin, den Einzelnen und die Gemeinschaft davor zu schützen, dass ihre elementaren Rechtsgüter verletzt werden. Freilich sind der Begriff und die genaue Bedeutung des Rechtsguts selbst umstritten.[1] Problematisch sind erst recht neuere kriminalpolitische Entwicklungen, die dazu führen, dass zunehmend nicht nur Verletzungen, sondern bereits Gefährdungen des Rechtsguts unter Strafe gestellt werden und so schon das Vorfeld kriminalisiert wird.[2] Diese Tendenz zu einem Gefährdungsstrafrecht wurde geradezu als „Merkmal der Risikogesellschaft"[3] bezeichnet. In der Tat ist die Frage, was das Strafrecht zur Risikovermeidung oder -begrenzung zu leisten vermag und wo seine rechtlichen und funktionalen Grenzen liegen, von großer Aktualität. Dieses Thema kann hier aber nicht weiterverfolgt werden.

Vielmehr gilt es, sich darauf zu konzentrieren, inwiefern das „klassische" Strafrecht durch das Unter-Strafe-Stellen der Verletzung individueller und kollektiver Rechtsgüter deren Schutz bewirkt. In diesem Sinne ist dem Strafrecht als Ganzem eine präventive Funktion zugedacht. Mit der Androhung von Strafen im Falle einer Verletzung zentraler Rechtsnormen und der Verhängung von Strafen bei tatsächlich erfolgten Normbrüchen wird – im Sinne der negativen Generalprävention – abschreckend und – im Sinne der positiven Generalprävention – normbestätigend auf die Allgemeinheit eingewirkt, um dem Normbruch so weit wie möglich vorzubeugen bzw. ihn künftig zu verhindern.

Rein spezialpräventiv gedacht, hat die Verhängung der Strafe gegenüber dem Rechtsbrecher die Funktion, künftige Delikte dieses Täters zu verhindern, d.h. nach der Typisierung von Franz von Liszt[4] ihn abzuschrecken, ihn zu bessern oder – wo beides nicht geht – ihn zu sichern. Wenn dies zum alleinigen Zweck der Strafe erhoben ist, wird das Strafrecht zu einem präventiven Maßregelrecht. Dieser ursprüngliche Gedanke des Gesellschaftsschutzes bzw. der Sozialverteidigung durch Strafrecht hat sich indessen nicht durchgesetzt. Der am Ende des 19. Jahrhunderts/Anfang des 20. Jahrhunderts ausgefochtene Schulenstreit zwischen den Anhängern eines spezialpräventiven Strafrechts und eines Schuldstrafrechts ist bekanntlich in den Kompromiss gemündet, der die sogenannte Zweispurigkeit strafrechtlicher Reaktionen etablierte: die vergeltende Strafe, für welche die Schuld zugleich Voraussetzung und Maßstab ist, einerseits und die präventive Maßregel

[1] Vgl. nur Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, S.14f.
[2] S. v.a. Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991.
[3] Müller-Dietz, Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung, in Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, 1992, S. 104.
[4] Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 1, 1905, S. 126ff..

andererseits, die verhindern soll, dass gefährliche Straftäter erneut Straftaten begehen.

Freilich existiert diese ideal gedachte Dichotomie heute nicht mehr. Mit der Großen Strafrechtsreform Anfang der 1970er Jahre hat der Gesetzgeber der Spezialprävention nicht nur im Bereich der Maßregeln, sondern auch bei der Strafzumessung und der Wahl der Strafart verstärkt Geltung verschafft. So sind nach § 46 Abs. 2 S. 2 StGB die Wirkungen der Strafe auf das künftige Leben des Straftäters zu berücksichtigen und die Wahl zwischen Geld- und Freiheitsstrafe, insbesondere aber die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung, hängt maßgeblich von spezialpräventiven Aspekten ab. Insofern ist die alte scharfe Trennung aufgehoben; vielmehr gilt Spezialprävention in weiten Bereichen. Maßregeln haben also die Funktion, die Gesellschaft vor gefährlichen Straftätern dort zu schützen, wo – wie bei psychisch kranken Schuldunfähigen – Strafen nicht in Frage kommen oder zeitige Freiheitsstrafen nicht ausreichen, um den Schutz der Allgemeinheit zu gewährleisten, wo also ein überschießendes Sicherheitsinteresse besteht, weil über den Strafvollzug hinaus der Betreffende gefährlich erscheint.

Diese Funktion der Maßregeln birgt freilich die Gefahr, dass ihr Anwendungsbereich überdehnt wird, um Forderungen nach verstärktem Gesellschaftsschutz Rechnung zu tragen. Und einer solchen Gefahr ist der Gesetzgeber in den vergangenen zwei Jahrzehnten erlegen. Erst die Judikate des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts haben diesem ausufernden Sicherungsdenken Grenzen gesetzt (s.u. 3.2. und 3.3.).

2. Der Ruf nach mehr Sicherheit

Kriminalität und Kriminalitätsfurcht sind für die allgemeine Bevölkerung wichtige Themen, die vom Strafrecht und der Strafrechtspolitik ernst genommen werden müssen. Bevölkerungsumfragen zeigen, dass die Kriminalität ein bedeutsames soziales Problem darstellt; fast jede Bürgerin und fast jeder Bürger wurden schon einmal Opfer einer Straftat. Tendenziell besteht ein Klima der Unsicherheit, das die zivile Gesellschaft bedrohen kann. Bis Anfang der 2000er Jahre bestand die Erwartung, Kriminalität würde unaufhaltsam langfristig steigen. Damit verband sich der Eindruck, das herkömmliche Strafrecht mit seinen Institutionen versage zunehmend; die reine Reaktion auf Straftaten und ihre Repression in der bisherigen Form durch Polizei und Justiz erschienen nicht mehr ausreichend.

2.1. Kriminalprävention

Außer der Wirkung der abstrakten Strafandrohung tritt das Strafrecht erst in Aktion, wenn die Rechtsgüterverletzung bereits geschehen ist; insofern kommt es stets zu spät und kann allenfalls tertiär präventive Wirkung entfalten. In dieser Situation liegt die Idee der Kriminalprävention nahe – nach der Devise: die Verhütung von Straftaten ist besser als ihre Bestrafung; jede verhütete Straftat ist ein Gewinn für

Opfer und Gesellschaft. Entsprechend dem amerikanischen Motto: „crime control and crime prevention" hat sich in den letzten Jahrzehnten die Kriminalprävention geradezu als Paradigma unserer Zeit entwickelt. Es gibt allerdings recht unterschiedliche Vorstellungen von kriminalpräventiven Konzepten, wie etwa in Form harten polizeilichen Zugriffs im Sinne von zero tolerance oder in sozial unterstützenden Maßnahmen. Ein weites Verständnis von Kriminalprävention versucht die verschiedenen Ansätze zusammenzuführen und bezeichnet Kriminalprävention als die Gesamtheit der staatlichen und privaten Bemühungen zur Verhütung von Straftaten.[5] Dabei zielt Kriminalprävention verstärkt auf das Vorfeld der Kriminalität und auf außerstrafrechtliche Maßnahmen, um möglichst frühzeitig Fehlentwicklungen und Risiken erkennen und gegebenenfalls intervenieren zu können, bevor sie sich in Form von Kriminalität realisiert haben. Oder es wird versucht, noch weitergehend die verschiedenen Lebensbereiche und gesellschaftlichen Verhältnisse so zu gestalten, dass die Kriminalitätsursachen möglichst von vornherein ausgeschaltet werden. Damit sind nicht mehr allein Polizei und Justiz zuständig, sondern auch andere staatliche Einrichtungen ebenso wie weitere gesellschaftliche Kräfte und Bereiche.[6]

Diese Vorstellungen sind im kriminalpolitischen Raum heute weitgehend anerkannt. Seit Mitte der 1990er Jahre hat sich der sogenannte Deutsche Präventionstag[7] etabliert, der jährlich eine Vielzahl kriminalpräventiver Initiativen zusammenführt. Ferner wurde 2001 eine Stiftung „Deutsches Forum für Kriminalprävention" ins Leben gerufen; zwar wurde dafür ein großes Kuratorium geschaffen, an dem sich neben dem Bund und den Bundesländer sowie kommunalen Spitzenverbänden auch Vertreter von Wirtschaft und gesellschaftsrelevanten Gruppen beteiligen, jedoch sind für den operativen Bereich gerade einmal sieben Personen in der Geschäftsstelle aufgeführt.[8] Insbesondere auf kommunaler Ebene existieren Projekte, die – teils durch die Kommune selbst, teils durch freie Träger – punktuell oder bereichsspezifisch erkannten Gefährdungslagen entgegenzuwirken suchen.[9] Vergleicht man indessen die staatlichen Aufwendungen für diesen kriminalpräventiven Bereich mit dem personellen und finanziellen Aufwand für Strafverfolgung, so ist die Kriminalprävention immer noch ein Waisenkind.

2.2. Opferbewegung

Der Aufstieg der kriminalpräventiven Idee zum kriminalpolitischen Paradigma der Gegenwart steht in einem engen Zusammenhang mit der zunehmenden Opferori-

[5] Kaiser, Kriminologie: ein Lehrbuch, 1996, § 31, Rn. 4.
[6] Vgl. auch Jehle (Hrsg.), Kriminalprävention und Strafjustiz, 1996.
[7] Vgl. dazu Kerner/Jehle,/Marks (Hrsg.), Entwicklung der Kriminalprävention in Deutschland, 1998.
[8] Vttp://www.kriminalpraevention.de, die Stiftung gibt auch eine gleichnamige Zeitschrift heraus.
9 S. v.a. Heinz, Kommunale Kriminalprävention aus wissenschaftlicher Sicht,
in Kerner/Marks (Hrsg.), Internetdokumentation Deutscher Präventionstag, 2004.

entierung in Kriminalpolitik und Kriminologie. Hier hat sich in den vergangenen drei Jahrzehnten ein bedeutsamer Wandel vollzogen. Die Kriminologie der 1970er Jahre prägte den Slogan: Kriminalität ist normal. Das sollte so viel signalisieren wie: wir können kriminalpolitisch abrüsten. Die Stoßrichtung ging gegen ein Übermaß an gesellschaftlicher und sozialer Kontrolle. Unter dem Einfluss einer erstarkenden Opferbewegung hat sich diese Sicht in den 1980er und 1990er Jahren radikal verändert.[10] Das Schutzbedürfnis und die Interessen der tatsächlichen und potentiellen Kriminalitätsopfer wurden zunehmend betont und letztlich weitete sich der Blick auf alle Bürger aus. Nunmehr geht es zentral um die Freiheit von Straftaten und damit gewinnt die Debatte eine neue Qualität in zweierlei Hinsicht: neben der Verhinderung von Kriminalität kommt auch die Verringerung von Kriminalitätsfurcht, d.h. die Gewinnung von mehr Sicherheit der Bürger ins Spiel.

2.3. Kriminalitätsfurcht und Opferrisiko

Die Wahrnehmung der Bürger von der generellen Kriminalitätslage und ihrem individuellen Opferrisiko ist nicht von unmittelbaren Erfahrungen oder empirisch gesicherten Erkenntnissen geleitet; vielmehr ist diese Wahrnehmung massenmedial bestimmt. Je mehr die Medien über Kriminalität allgemein oder spezifische Kriminalitätsformen berichten, desto eher entsteht der Eindruck einer tatsächlich steigenden Kriminalität. Dies hat Auswirkungen auf die Politik, insbesondere die Kriminal- und Strafrechtspolitik (s. unten 3.). Aber auch im Nahbereich der Kommunen führen Unsicherheitsgefühle und Kriminalitätsfurcht dazu, dass Bürger bestimmte Stadtviertel oder öffentliche Verkehrsmittel nachts meiden. Gegenmaßnahmen müssen also auf Vertrauensbildung setzen. So können Maßnahmen, wie eine verstärkte Streifentätigkeit der Polizei, der Einsatz von Kontrolleuren in öffentlichen Verkehrsmitteln, eine Videoüberwachung in Parkhäusern usw., das Opferrisiko verringern und zugleich das Sicherheitsgefühl verstärken – mit der Folge, dass sich die Bürger die öffentlichen Räume wieder zurückerobern.

Wie stark das Sicherheitsgefühl und das individuelle Opferrisiko vom allgemeinen gesellschaftlichen Klima und der massenmedial geprägten öffentlichen Wahrnehmung abhängig ist, zeigt sich an einer interessanten Studie, in der zu drei Zeitpunkten in den 1990er Jahren das Sicherheitsgefühl und die Kriminalitätsbewertung in Ost- und Westdeutschland vergleichend untersucht wurden.[11] Zunächst einmal fällt auf, dass das Niveau der gefühlten Sicherheit in der eigenen Wohngegend vergleichsweise hoch ist mit 80 bis fast 90 % der Befragten, die ihre Wohngegend als sehr oder ziemlich sicher einschätzen. Lediglich in Westdeutsch-

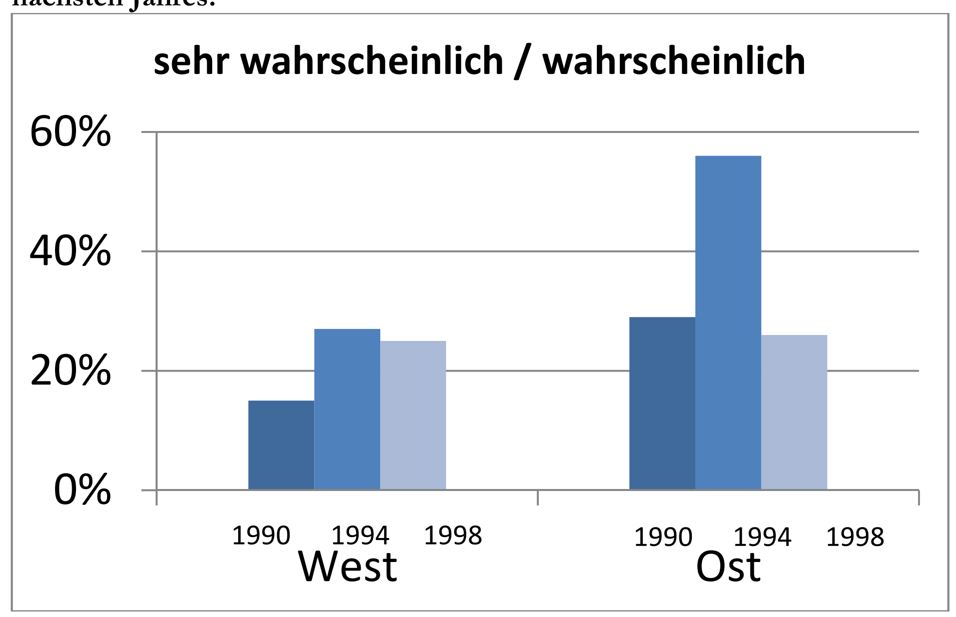
---

[10] Vgl. zum Ganzen Kaiser/Jehle (Hrsg.), Kriminologische Opferforschung, Bd. I, 1994 und Bd. II, 1995.

[11] Dörmann/Remmers, Sicherheitsgefühl und Kriminalitätsbewertung – Eine Ende 1998 durchgeführte Repräsentativbefragung der deutschen Bevölkerung als Replikation früherer Erhebungen, 2000.

land haben wir einen deutlichen Rückgang auf knapp 70 % für das Jahr 1994 zu verzeichnen, der vermutlich mit der als problematisch diskutierten hohen Migrantenquote in den vorangegangenen Jahren zu tun haben dürfte.[12] Besonders interessant ist die Antwort auf die Frage, für wie wahrscheinlich die Betreffenden einen Einbruch in der eigenen Wohnung innerhalb des nächsten Jahres halten (s. Schaubild 1). Gegenüber dem realen Opferrisiko (gemessen an der jährlichen Einbruchsrate anhand der Kriminalstatistik: 260 pro 100.000 der Wohnbevölkerung im Jahr 1994, d.h. 0,26 %)[13] ist in Ost und West die Einschätzung stark überhöht; im Osten aber verglichen mit dem Westen noch einmal in einem besonders starken Ausmaß. Ein extremer Wert von über 50 % ergibt sich für das Jahr 1994, danach sinkt der Wert wieder rapide ab. Diese gefühlten Opferrisiken haben so gut wie nichts mit der realen Viktimisierung im Bereich der Einbruchskriminalität zu tun, vielmehr stehen sie im Zusammenhang mit den öffentlichen und medialen Debatten zu diesem Problem sowie mit einer allgemeinen sozialen Verunsicherung.

Wie wahrscheinlich halten Sie einen Wohnungseinbruch innerhalb des nächsten Jahres?



[12] A.a.O., S. 29.

[13] Vgl. Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik, 1994. Selbst wenn man von durchschnittlich zwei Personen pro Wohnung/Haushalt ausgeht, würde sich das jährliche Risiko verdoppeln, läge aber immer noch bei nur 0,52 %.

Quelle: Dörmann/Remmers, Sicherheitsgefühlt und Kriminalitätsbewertung – Eine Ende 1998 durchgeführte Repräsentativbefragung der deutschen Bevölkerung als Replikation früherer Erhebungen, 2000, S. 65.

3. Antworten der Kriminalpolitik

Dem wachsenden Unsicherheitsgefühl der Bevölkerung wurde vor allem mit Maßnahmen begegnet, die den öffentlichen Raum betrafen. So hat die Polizei in bestimmten städtischen Bereichen ihre Kontrolltätigkeit verstärkt; nach und nach hat sich auch die Videoüberwachung von so genannten Hot Spots, städtischen Plätzen und Räumen mit erhöhter Kriminalitätsgefahr, etabliert. Insgesamt fehlt es aber bis heute an einem übergreifenden systematischen Ansatz zur Kriminalprävention (s. oben 2.2.). Dies gilt auch für den Bereich der Gewalt-und Sexualdelinquenz. Obgleich etwa die sogenannte Gewaltkommission der Bundesregierung[14] nicht nur repressive, sondern vor allem auch präventive Vorschläge zur Eindämmung der Gewaltkriminalität vorgelegt hatte, setzte die Politik verstärkt auf die strafrechtliche Lösung. Unter dem Druck einer öffentlichen Empörung – ausgelöst durch Sexualmorde an Kindern Mitte der 1990er Jahre – sah sich der Gesetzgeber zu einer schnellen Reaktion in Form der Verschärfung von Strafen und Maßregeln veranlasst.

3.1. Strafschärfungen bei Sexual- und Gewalttaten

Herrschte in der Großen Strafrechtsreform Anfang der 1970er Jahre der Trend vor, strafbares Verhalten zu begrenzen und zum Beispiel die einfache Homosexualität und Pornographie zu entkriminalisieren, kam es im Laufe der 1980er und 1990er Jahre zu einem Wandel der öffentlichen Wahrnehmung, die in eine Kriminalpolitik mündete, welche den strafbaren Bereich wieder verbreiterte und zum Beispiel den schlichten Besitz von Kinderpornographie kriminalisierte und die Reichweite von Vergewaltigung und sexueller Nötigung ausweitete. Zugleich wurden die Strafrahmen der Sexualstraftaten deutlich angehoben. Auch bezüglich der Gewaltstraftaten, insbesondere für die Körperverletzungsdelikte, wurden die Höchststrafen angehoben und die Mindeststrafen erhöht.[15] In der Folge haben die Strafgerichte deutlich höhere Strafen für Gewalt- und Sexualstraftaten verhängt, was unter anderem zu einer längeren Verweildauer im Strafvollzug geführt hat.[16]

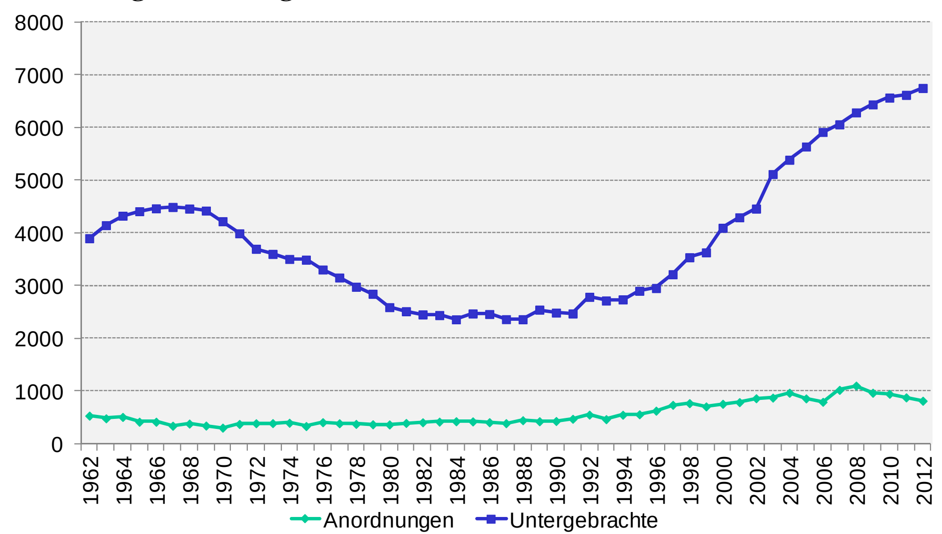
---

[14] Schwind/Baumann, Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt, Bd. 1, 1994.
[15] S. dazu z.B. Dünkel/Morgenstern, in Dünkel et. al (Hrsg.), Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich, 2010, S. 141ff.
[16] Vgl. auch Jehle, Wie gefährlich sind die Langzeitgefangenen? Basisdaten einer Rückfallstatistik, in Schöch/Helgerth/Dölling/ König, Recht gestalten - dem Recht dienen; Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag, 2007, S. 263-282.

3.2. Prognoseanforderungen im Maßregelrecht

Von den drei stationären Maßregeln ist nur die Unterbringung in der Entziehungsanstalt zeitlich befristet; die beiden anderen Maßregelformen, d.h. die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung und die in einem psychiatrischen Krankenhaus, sind dagegen unbefristet. Damit hängt es von der Prognose ab, ob und zu welchem Zeitpunkt ein Untergebrachter wieder entlassen werden kann. Vor 1997 reichte es aus, dass verantwortet werden konnte zu erproben, dass der Verurteilte keine weiteren Straftaten mehr begehen werde (sogenannte Erprobungs- bzw. Verantwortungsklausel). Nach der Gesetzesreform bedarf es nunmehr der Erwartung, dass der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird. Damit wollte der Gesetzgeber die frühere Präferenz des Resozialisierungsinteresses korrigieren,[17] so dass Zweifel an einer günstigen Prognose zu Lasten des Untergebrachten gehen und die vom Tatgericht getroffene negative Prognose die weitere Unterbringung bis zum Eintritt der günstigen Prognose rechtfertigt.[18]

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB: Anordnungen / Untergebrachte



Quelle: Strafverfolgungsstatistik und Strafvollzugsstatistik der jew. Jahrgänge, hrsg. vom Statistischen Bundesamt Wiesbaden

In der Folge hat sich in der Strafrechtspraxis in den letzten 15 Jahren ein bedeutsamer Wandel vollzogen, der sich zum einen in einer verstärkten Anordnung

[17] Fischer, StGB, § 67d, Rn. 9.
[18] Jehle, in SSW, StGB, § 67d, Rn. 4.

der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und zum andern in einer sehr restriktiven Entlassung der Untergebrachten auswirkt. Dies hat in einem kurzen Zeitraum zu einer Verdreifachung der Untergebrachtenzahl geführt (s. Schaubild 2). Woran liegt das? Warum mehr Unterbringungen richterlich angeordnet werden, ist nur zu vermuten. Während die Patienten mit klassischen psychiatrischen Diagnosen kaum zunehmen, steigt jedoch der Anteil der Persönlichkeitsstörungen. Damit wächst zugleich der Anteil der Personen, die nicht schuldunfähig sind, sondern lediglich vermindert schuldfähig. Anders als die klassischen Krankheitsbilder, sind Persönlichkeitsstörungen nicht qualitativ abgrenzbar, vielmehr entscheidet die quantitativ zu bestimmende Schwere der Persönlichkeitsstörung, ob jemand als schuldfähig, vermindert schuldfähig oder schuldunfähig eingeschätzt wird. Diese Wertung mag auch davon beeinflusst sein, ob jemand wegen seiner prognostizierten Gefährlichkeit als therapiebedürftig angesehen wird und deshalb untergebracht werden soll.[19]

Jenseits dieser Vermutungen zeichnen sich indessen klare Verhältnisse bei der Unterbringungsdauer ab. Sie hat sich in einem kurzen Zeitraum von durchschnittlich vier auf mehr als acht Jahre verlängert.[20] Hierfür könnte einmal die Verschärfung prognostischer Voraussetzungen für die Entlassung verantwortlich sein. Noch bedeutsamer dürfte aber das allgemeine kriminalpolitische Klima sein: Sowohl Gutachter als auch Strafvollstreckungskammer müssen befürchten, an den Pranger gestellt zu werden, wenn sie eine Lockerung oder Entlassung befürworten und die Betreffenden wieder eine schwere Straftat begehen. Das erzieht zur äußersten Vorsicht und verhindert die sinnvolle Erprobung von Lockerungen zur Entlassungsvorbereitung.

3.3. Im Besonderen: Sicherungsverwahrung

Bis Ende der 1990er Jahren bestand die Tendenz zu einer immer restriktiveren Handhabung der Sicherungsverwahrung, die auch zu einem enormen Rückgang der Zahl der Sicherungsverwahrten, nämlich auf rund 200, geführt hatte. Infolge einer kriminalpolitischen Wende hat sich diese Tendenz jedoch umgekehrt. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten von 1998[21] wurden die Anordnungsvoraussetzungen erleichtert: Sind nach dem Grundmodell von § 66 Abs. 1 StGB als formelle Voraussetzungen zwei rechtskräftige Vorverurteilungen zu einer Freiheitsstrafe von jeweils mindestens einem Jahr, die Verbüßung einer Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehenden Maßregel von mindestens zwei Jahren insgesamt sowie eine aktuelle Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren vorgesehen, sind gemäß Abs.

[19] Vgl. dazu Nedopil/Müller, Forensische Psychiatrie, 2012, S. 216ff.
[20] Vgl. bereits Jehle, Rechtswirklichkeit der strafrechtlichen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, in Dunker/Koller (Hrsg.), Forensische Psychiatrie - Entwicklungen und Perspektiven; Ulrich Venzlaff zum 85. Geburtstag, 2006, S. 209-226.
[21] BT-Drs. 13/7163.

2 die Anordnung ohne Vorverurteilung aber nach drei Anlasstaten, gemäß Abs. 3 die Anordnung nach einer Vorverurteilung bei Vorliegen einer Katalogtat und die Anordnung ohne Vorverurteilung bei Vorliegen zweier Katalogtaten möglich. Damit ist der Kreis möglicher Kandidaten für die Sicherungsverwahrung erheblich erweitert worden und es kommt entscheidend auf die materielle Voraussetzung an, dass der Täter infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist. Ferner wurde die Zehnjahreshöchstfrist bei erstmaliger Anordnung der Sicherungsverwahrung beseitigt, und zwar rückwirkend auch für Altfälle, bei denen bereits Sicherungsverwahrung angeordnet war. Zugleich wurden infolge der veränderten Prognoseformel (s. oben 3.2.) die Fortdauerentscheidungen erleichtert. Schließlich hat der Gesetzgeber in kurzem zeitlichen Abstand zusätzlich die vorbehaltene Sicherungsverwahrung (2002) und die nachträgliche Sicherungsverwahrung (2004) eingeführt.

Erst die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte[22] hat diesem ausufernden Sicherungsdenken eine Grenze gesetzt. Die rückwirkende Beseitigung der Zehnjahresbefristung und die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung wurden als konventionswidrig festgestellt. Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung vom 04.05.2011[23] – insoweit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte folgend – aus dem verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzgebot hergeleitet, dass eine nachträgliche präventive Freiheitsentziehung nur noch bei einer auf einer psychischen Störung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK beruhenden hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten zulässig sei. Im Übrigen hat es die Verfassungswidrigkeit der gesamten Regelungen der Sicherungsverwahrung festgestellt, weil der Vollzug der Sicherungsverwahrung sich kaum vom Strafvollzug unterscheide, mithin das Abstandsgebot verletzt sei.

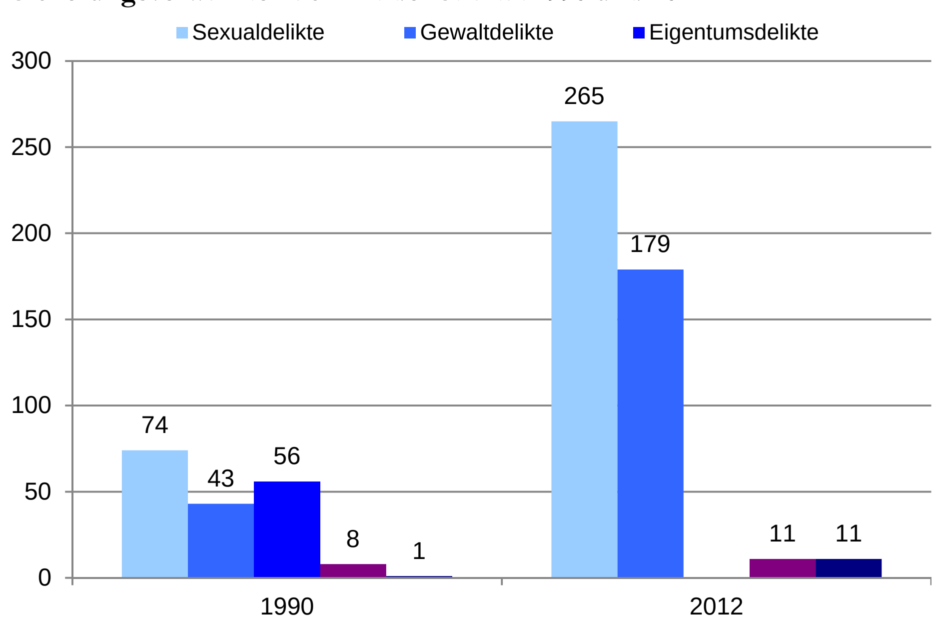
Diese Entwicklung hat den Gesetzgeber veranlasst, die primäre Sicherungsverwahrung im wesentlichen auf Sexual- und Gewaltdelikte als taugliche Anlass- und Vortaten zu begrenzen, die nachträgliche Sicherungsverwahrung weithin abzuschaffen und die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung so auszugestalten, dass sie entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts therapiegerichtet und freiheitsorientiert ist (§ 66c StGB). Die Sorge vor Sicherheitslücken hat den Gesetzgeber allerdings dazu bewogen, für die aus Rechtsgründen aus der Sicherungsverwahrung zu Entlassenden eine auffangende Unterbringung, nämlich die sogenannte Therapieunterbringung, zu schaffen; infolge neuester Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dürfte diese Möglichkeit aber künftig verschlossen sein.[24] Ferner hat der Bundesgesetzgeber die vorbehaltene Sicherungsverwahrung ausgebaut, was aber in der Literatur auf Kritik gestoßen ist und zu-

[22] EGMR, NJW 2010, 2495 sowie NJW 2011, 3423
[23] BVerfG, NJW 2011, 1931.
[24] S. näher Jehle, in SSW, StGB, Vor § 66, Rn. 6.

dem ebenfalls die Frage der Verfassungsmäßigkeit und Menschenrechtskonformität aufwirft.[25]

Die klare gesetzgeberische Absicht, die Möglichkeiten der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung auszuweiten und auf diese Weise die Gesellschaft vor gefährlichen Strafentlassenen zu schützen, hat sich auch in den Anordnungen und im Bestand der Sicherungsverwahrten niedergeschlagen: So ist die Zahl zwischen 1998 und 2010 von 200 auf über 500 Verwahrte angestiegen. Seither hat sich allerdings – wohl infolge der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts – die ansteigende Tendenz nicht fortgesetzt; die Zahl der Untergebrachten beläuft sich auf 466 im Jahr 2012 (s. Schaubild 3). Im Übrigen lässt sich aus dem Schaubild deutlich erkennen, dass die beabsichtigte Konzentration auf Sexual- und Gewalttaten sich in der Zusammensetzung der Sicherungsverwahrten niederschlägt: So ist zwischen 1990 und 2012 der Zuwachs an Sicherungsverwahrten ganz überwiegend dem Anstieg von Verwahrten mit Sexual- und Gewaltdelikten geschuldet, während die Eigentumsdelikte keine Rolle mehr spielen.

Sicherungsverwahrte nach Art der Straftat 1990 und 2012



Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafvollzug – Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3., Fachserie 4.1, Tabelle 5.

[25] Vgl. Schöch, Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Heinrich et al. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, 1193ff.

4. Gefährlichkeitsprognosen und Rückfälle

Als kennzeichnend für die kriminalpolitisch aufgeheizte Situation Ende der 1990er Jahre kann das populistische Statement des damaligen deutschen Bundeskanzlers Gerhard Schröder gelten: „Wegsperren, und zwar für immer…“. Diese Haltung gegenüber gefährlich erscheinenden Straftätern findet sich aber auch in jüngerer Zeit; insbesondere hat sich die Metapher von der sogenannten „tickenden Zeitbombe“ breit gemacht.[26] Dieses Bild impliziert die Vorstellung, bei einem gewöhnlichen Fortgang der Dinge werde die Bombe explodieren. Zweifel bestehen allenfalls darüber, wann die Explosion, nicht aber ob sie überhaupt stattfindet. Verwendet man also dieses Bild im Hinblick auf Straftäter, so wird damit ausgesagt, dass der Straftäter in Zukunft mit Sicherheit eine schwere Straftat begehen wird. Ist eine solche Aussage überhaupt möglich und ist sie angesichts der tatsächlichen Rückfallzahlen von gefährlichen Straffälligen gerechtfertigt?

Es ist eine Binsenweisheit, dass sichere Prognosen nicht möglich sind. Dies gilt für negative Prognosen, also Aussagen über die Gefährlichkeit von Straftätern, ebenso wie für positive Prognosen, also Aussagen darüber, dass Straftäter nicht mehr gefährlich sind. Trotz dieser prinzipiellen Unsicherheit verlangt das Gesetz solche Prognosen im Umgang mit gefährlichen Straftätern. So formuliert § 63 StGB als Voraussetzung für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, dass vom Straftäter infolge seines Zustands (nämlich psychischer Defizite, welche die Schuldunfähigkeit oder verminderte Schuldfähigkeit begründen) erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. An die Stelle dieses psychischen Zustands tritt bei der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) der Hang zu erheblichen Straftaten. Der Hang wird von persistenten Verhaltensmustern und symptomatischen Taten abgeleitet, welche künftige erhebliche Straftaten wahrscheinlich erscheinen lassen.[27] Darüber hinaus erlaubt das Gesetz in § 66a StGB, dass die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vorbehalten wird, wenn ein solcher Hang nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber zumindest wahrscheinlich ist. Es geht also genau genommen um eine wahrscheinliche Gefährlichkeit oder, schärfer formuliert, um eine wahrscheinliche Wahrscheinlichkeit. Sicherheit über das Vorliegen des Hangs soll mit der Erweiterung der Erkenntnisgrundlagen auf den Zeitraum des Vollzugs gewonnen werden, was freilich kritisch zu beurteilen ist,[28] da das Vollzugsleben künstlich ist und damit nur eine eingeschränkte Aussagekraft für das künftige Legalverhalten in Freiheit hat.

Umgekehrt setzt die Aussetzung der Vollstreckung der Sicherungsverwahrung oder der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus die „Nicht-mehr-Gefährlichkeit“ voraus, nämlich die Erwartung, dass der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird (§ 67d

[26] S. dazu Knauer, Der Straftäter als „tickende Zeitbombe“, JZ 2013, S. 558-565 m.w.N.
[27] Jehle, in SSW, StGB, § 66, Rn. 20f.
[28] Vgl. z.B. Kinzig, NJW 2002, S. 3204ff..

Abs. 2 S. 1 StGB). Gerade diese Prognose ist besonders schwierig. Denn die negative Prognose des Unterbringungsurteils wirkt aufgrund der unabänderlichen Vergangenheit fort, so dass im wesentlichen nur aufgrund von Änderungen des psychischen Zustandes, des Verhaltens des Untergebrachten oder seiner sonstigen Lebensumstände eine positive Entlassungsprognose gestellt werden kann. Insofern ist die Frage entscheidend, ob das Vollzugsverhalten aussagekräftige Hinweise für eine ins Günstige gewendete Prognose gibt.

Auch wenn in den letzten Jahren die Prognosemethoden erheblich weiter entwickelt worden sind und auch wenn es mit Hilfe besserer Behandlungsstrategien und einer systematischen ambulanten Nachsorge besser als früher gelingt, Risiken zu reduzieren,[29] so handelt es sich letztlich doch um eine Risikoeinschätzung und die Frage, welches „Restrisiko" man in Kauf zu nehmen bereit ist. Insoweit drängt sich der Eindruck auf, dass man dieses unvermeidliche Restrisiko weit weniger als früher zu tragen bereit ist. Dafür sprechen insbesondere die dramatisch gestiegenen Unterbringungszahlen infolge verlängerter Verweildauer im psychiatrischen Krankenhaus (s. oben 3.2). Von daher dürfte die Gefahr gewachsen sein, dass sich im Maßregelvollzug viele sogenannte „false positives", also fälschlicherweise für gefährlich gehaltene Untergebrachte, befinden. Empirisch messbar sind jedoch nur die sogenannten „false negatives", d.h. die fälschlicherweise als nicht mehr gefährlich eingestuften und deshalb entlassenen Untergebrachten; denn das Ergebnis ist ein neuerlicher Rückfall.[30] Wenn man hier die Erkenntnisse aus der bundesweiten Untersuchung zur Legalbewährung[31] heranzieht, so zeigt sich bei der Sicherungsverwahrung, dass nur fünf von 33 Personen wieder eine erhebliche Straftat begangen haben, die zu einer erneuten Freiheitsentziehung führt. Bei der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist dies sogar nur bei ca. 3 % (29 von 1.132) der Entlassenen der Fall.

Aussagen zu den „false positives" sind nur dann möglich, wenn Untergebrachte aus Rechtsgründen entlassen werden müssen, auch wenn sie noch gefährlich sind. Das berühmteste Beispiel ist der sogenannte Baxstrom-Fall: Im Jahr 1966 mussten im Staat New York knapp 1000 Personen aus verfahrensrechtlichen Gründen aus geschlossenen Anstalten für psychisch Kranke entlassen und in allgemeine Krankenhäuser überführt oder ganz entlassen werden; lediglich 2,6 % wurden nach ihrer Entlassung einschlägig rückfällig, weitere 15 % mit leichteren Straftaten und etwa 83 % überhaupt nicht.[32] Nach der Untersuchung von Kinzig aus den Jahren 1992 bis 1996[33] wurden zwei von 22 Personen, die wegen Vermö-

[29] S. Nedopil, Prognosen in der forensischen Psychiatrie – ein Handbuch für die Praxis, 2005, S. 278.
[30] Vgl. dazu Knauer, Der Straftäter als „tickende Zeitbombe", JZ 2013, 558, [562].
[31] Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2007 bis 2010 und 2004 bis 2010, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, 2013.
[32] Thornberry/Jacoby, The criminally insane, 1979, S. 190; Schöch, Kriminalprognose, in Schneider (Hrsg.), Internationales Handbuch der Kriminologie, Bd. 1, 2007, S. 359, [368].
[33] Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996.

gensstraftaten in der Sicherungsverwahrung untergebracht waren und aufgrund der zehnjährigen Befristung wieder entlassen werden mussten, erneut zur Sicherungsverwahrung oder wieder zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt. Untersuchungen über Strafgefangene, bei denen aus Rechtsgründen die beantragte nachträgliche Sicherungsverwahrung nicht angeordnet wurde, deuten ebenfalls daraufhin, dass die Gerichtspraxis die Gefährlichkeit erheblich überschätzt: In den Untersuchungen von Alex[34] und Müller/Stolpmann/Frommberger/Haase/Jordan[35] wurden 4 - 8 % der Probanden zu erneuter Sicherungsverwahrung und 12 - 20 % zu Haftstrafen verurteilt. Wäre der Antrag auf nachträgliche Sicherungsverwahrung erfolgreich gewesen, wären indessen alle Betroffenen in der Sicherungsverwahrung untergebracht worden.

5. Gibt es Alternativen?

So problematisch die Prognosestellung erscheint und so berechtigt die Kritik an der derzeitigen restriktiven Entlassungspraxis sein mag, so sehr muss man sich doch mit der Frage befassen, wie die Gesellschaft mit den wenigen Tätern, die mit Mitteln der zeitigen Freiheitsstrafe nicht von weiteren schwersten Straftaten abzuhalten sind, umgehen soll. Ein Blick ins Ausland zeigt, dass das deutsche System der Zweispurigkeit und insbesondere das Institut der Sicherungsverwahrung keineswegs das einzige Modell des Umgangs mit gefährlichen Straftätern ist. Zwar kennen die meisten europäischen Länder besondere Maßnahmen gegenüber kranken Straftätern, jedoch gibt es in zahlreichen Staaten keine Sicherungsverwahrungssysteme.[36] Vielmehr wird die Gefährlichkeit der Straftäter sowohl bei der Bemessung der Strafe als auch bei deren Vollstreckung berücksichtigt. In England wird sogar innerhalb der lebenslangen Freiheitsstrafe differenziert: Die Richter setzen eine durch die Vergeltung bestimmte Zeitspanne fest; ist diese verbüßt, beginnt der präventive Abschnitt, der beendet werden kann, wenn der Gefangene keine Bedrohung für die Gesellschaft mehr darstellt. Hier übernimmt ersichtlich die Freiheitsstrafe die sichernde Funktion über die schuldangemessene Bestrafung hinaus. Dies wäre in Deutschland freilich nach unserer verfassungsrechtlich bestimmten Schuldangemessenheit der Strafe nicht zu rechtfertigen.

Infrage käme aber eine andere radikale Lösung: die Herausnahme der Maßregeln aus dem Strafrecht und ihre Verlagerungen ins Polizeirecht. Dies war der Ansatz einiger Bundesländer am Anfang des neuen Jahrhunderts; sie wollten jenseits des Strafrechts ein Unterbringungsgesetz für gefährliche Straftäter schaffen. Zu Recht hat das Bundesverfassungsgericht dies unterbunden.[37] Es hat die

---

[34] Alex, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein rechtsstaatliches und kriminalpolitischen Debakel, 2013.
[35] In Monatsschrift für Kriminologie, 94 (4), 2011, S. 253-265.
[36] S. EGMR, Urteil v. 17.12.2009, 19359/04, S. 69ff.
[37] BVerfG, Urteil v. 10.02.2004 - 2 BvR 1588/02.

Zweispurigkeit als festen Bestandteil unserer bundesgesetzlichen Strafrechtsordnung angesehen und für landesrechtliche Polizeigesetz keinen Raum erblickt. Was wäre auch gewonnen mit einer solchen Verlagerung ins Polizeirecht? Man müsste befürchten, dass die scharfen Konturen des Strafrechts, vor allem Bestimmtheit und strikte Verhältnismäßigkeit, die dem überschießenden Sicherheitsdenken Grenzen setzen, verloren gehen. Auch die Europäische Menschenrechtskonvention bietet insoweit keine Legitimation; in Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK lässt sie eine Freiheitsentziehung zwar zu, wenn diese notwendig erscheint, um eine Person an der Begehung einer Straftat zu hindern, jedoch wird eine konkrete unmittelbar bevorstehende Gefahr vorausgesetzt, die bei zu entlassenden Straftätern nicht hinreichend konkretisiert werden kann.[38]

6. Fazit und Ausblick

Um die limitierende Funktion des Schuldstrafrechts zu erhalten, bedarf es im Hinblick auf legitime präventive Bedürfnisse der freiheitsentziehenden Maßregeln, die wiederum unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten streng begrenzt sein müssen. Dies gilt zunächst für die Anordnungsvoraussetzungen der Maßregeln der Besserung und Sicherung. Eine Unterbringung ist nur gerechtfertigt bei drohenden Straftaten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, wie es in § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB heißt. Der Gesetzgeber ist mit der Konkretisierung in der Reform von 2010[39] einen entscheidenden Schritt gegangen, indem er für die Sicherungsverwahrung die Anlasstaten im wesentlichen auf Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter begrenzt hat, also auf Gewalt- und Sexualdelikte. Zugleich hat er aber in bedenklicher Weise die Möglichkeiten der Sicherungsverwahrung ausgeweitet, indem er es für die vorbehaltene Sicherungsverwahrung ausreichen lässt, dass ein Hang zu erheblichen Straftaten nicht sicher, sondern nur wahrscheinlich vorliegt.[40] Man wird abwarten müssen, ob die Justizpraxis damit restriktiv umgeht oder dies als eine Aufforderung zur Ausweitung der Sicherungsverwahrung versteht.

Ebenfalls ist als Fortschritt zu verbuchen, dass die Fortdauer der Sicherungsverwahrung über 10 Jahre hinaus nur noch gerechtfertigt ist, wenn in einer neuen Prüfung – wie bei der ursprünglichen Anordnung – die Gefahr begründet werden kann, dass der Betroffene erhebliche Straftaten begehen wird; im Zweifel ist der Untergebrachte zu entlassen.[41] Im Hinblick auf die stark gewachsenen Unterbringungszahlen im psychiatrischen Krankenhaus liegt es dort genauso nahe, die Anlasstaten im Wesentlichen auf Sexual- und Gewaltdelikte zu beschränken und die

[38] Meyer-Ladewig, EMRK, 2011, Art. 5, Rn. 54,

[39] Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen, v. 22.12.2010, BGBl. I, S. 2300.

[40] Jehle, in SSW, StGB, § 66, Rn. 8.

[41] Jehle, in SSW, StGB, § 67d Rn 22; Sch/Sch/Stree/Kinzig, StGB, § 67d, Rn. 17.

Unterbringungsdauer zu begrenzen oder jedenfalls die Hürden für Fortdauerentscheidungen höher zu legen. In diese Richtung gehen derzeit (Juni 2014) erste Überlegungen im Bundesministerium der Justiz.[42]

Indessen ist nicht zu leugnen, dass die stationären Maßregeln der Besserung und Sicherung in Extremfällen notwendig sind. Aber wir überschätzen die Gefährlichkeit: Solange wir nicht die wenigen Gefährlichen von der Mehrheit der nicht wirklich Gefährlichen prognostisch sauber zu trennen vermögen, wird es vielfach Unterbringungen geben, die an sich nicht erforderlich wären. Umso mehr muss den Untergebrachten die Chance gegeben werden zu zeigen, dass sie nicht (mehr) gefährlich sind. Hier hat das Urteil des Bundesverfassungsgerichts[43] den Weg gewiesen: Er muss von einer bloß sicheren Verwahrung hin zu einem auf Entlassung ausgerichteten Vollzug gehen, indem die Unterbringung therapiegerichtet und freiheitsorientiert gestaltet wird. Diese therapeutische Ausrichtung ist bei der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus bzw. in der Entziehungsanstalt bereits seit langem verankert. Inzwischen weist auch bei der Sicherungsverwahrung die Richtung auf einen therapieorientierten Vollzug – mit der Chance für die Betroffenen, eines Tages wieder entlassen zu werden.[44] Damit ist notwendigerweise verbunden, den Untergebrachten Schritt für Schritt mehr Freiheit einzuräumen und im Sinne eines Stufenvollzugs Vollzugslockerungen zu gewähren. Ebenso notwendig bringt dies gewisse Risiken mit sich, die sich auch gelegentlich in einer erneuten Straftat verwirklichen werden.

Es ist also an der Zeit, dass die Strafrechtspolitik und die Strafrechtspraxis die rationalen Grundlagen und Grenzen des Maßregelrechts betonen und die nicht völlig auszuschließenden Risiken in der Öffentlichkeit klar kommunizieren.

[42] http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/20130715_Eckpunkte_Reformvorschlaege_Unterbringungsrecht.pdf?__blob=publicationFile

[43] A.a.O.

[44] Zu den Gestaltungsgrundsätzen vgl. Jehle, in SSW, StGB, § 66c, Rn. 3ff.

Betrug als schlichte Willensverletzung?
Erweiterungstendenz der Strafbarkeit des Betrugs in der japanischen Rechtsprechung

Rikizo Kuzuhara

I. Einleitung

In den letzten Jahren zeigt das japanische Strafrecht sowohl bei Gesetzgebung als auch in der Rechtsprechung deutliche Tendenzen zur Strafbarkeitserweiterung. Ein Beispiel in der Judikatur ist die Ausdehnung des Anwendungsbereichs von den Delikten gegen Eigentum und Vermögen. Schon bei Willensverletzungen wird Diebstahl fast ohne räumliche Entnahme einer Sache oder Betrug fast ohne Vermögensschaden angenommen. Wenn man z.B. bei einer elektronischen „slot machine" einen „Jackpot"-Treffer bekommt und viele Spielmünzen aus der Maschine herausnimmt, indem man mit Hilfe von einem metronomartigen Zeitmesser im „richtigen" Zeitpunkt den Start-Knopf des Münzspielautomats drückt, liegt nach dem japanischen OGH eine Vollendung eines Diebstahl insoweit vor, als die Benutzung solchen Hilfsgeräts dem Willen des Betriebsleiter vom Spielsalon ent-

gegensteht, auch wenn die Spielmaschine an sich gar nicht manipuliert wurde und der Täter noch im Spielsalon bleibt.

Auf der anderen Seite wurde ein Betrug auch bei Nutzung einer fremden Kreditkarte unter Einwilligung des Inhabers oder bei Erlangung einer Urkunde oder eines sonstigen Ausweises angenommen, auch wenn das Opfer über keinen Vermögensverlust irrt und/oder kaum einen Vermögensschaden erleidet.

In meinem Referat beschäftige ich mich mit einigen Entscheidungen des OGH über derartige Betrugsfälle.

II. Zwei Beschlüsse des OGH – Problemstellung

Der japanische OGH hat im letzten Jahrzehnt zum Betrug zwei bedeutsame Entscheidungen per Beschluss erlassen. In beiden den Entscheidungen zugrundeliegenden Fällen handelte es sich um die Erlangung von Bescheinigungen, d.h. Kontobuch und Bankkarte in einem Fall und Boardingpass im anderen, mit der versteckten Absicht der Weitergabe an einen Dritten. Der OGH hat in beiden Fällen Vollendung des Betrugs bejaht.

1. Bankkonto-Fall

Im ersten Fall hat sich der OGH im Jahr 2007 mit folgendem Sachverhalt befasst[1]: Der Angeklagte stellt einen Antrag auf Eröffnung eines Sparkontos auf seinen Namen. Dabei verbirgt er seine eigentliche Absicht, das Kontobuch und die Bankkarte für das Konto einem anderen Fishing-Betrüger zu verkaufen. Der Bankangestellte, der den Antrag aufnimmt, gerät wegen dieser Täuschung in den Irrtum, dass es sich um eine normale Eröffnung eines vom Inhaber selbst zu benutzenden Sparkontos handelt und gibt aufgrund des Irrtums ein Kontobuch und eine Bankkarte mit dem Namen des Angeklagten heraus (im folgenden „Bankkonto-Fall“).

Aufgrund dieser Tat haben der Tatrichter und die zweite Instanz einen vollendeten Betrug angenommen und der OGH hat das Urteil der unteren Instanzen mit der Begründung bestätigt: „Einen Antrag auf Kontoeröffnung zu stellen bedeutet gleichzeitig die Willenserklärung, das Konto selber zu benutzen. Wenn man die Absicht, das Kontobuch und die Karte an einen Dritten weiterzureichen, verbirgt und einen solchen Antrag einreicht, stellt dies nichts anderes als das Täuschen im Sinne eines Betrugsdelikts dar. Es steht also außer Zweifel, dass die Handlung, dadurch das Kontobuch und die Bankkarte zu erhalten, den Betrugstatbestand des § 246 Abs.1 JStGB erfüllt“

[1] OGH Besch. v. 17.7.2007 Saiko Saibansho Keijihanrei Shu (Entscheidungssammlung des OGH in Strafsachen, im folgenden "OGHSt") 61.5.521

2. Boarding-Pass-Fall

Der OGH hat auch in einem 2010 entschiedenen ähnlichen Fall einen vollendeten Betrug angenommen[2]. Im zugrunde liegenden Fall hat der Angeklagte A unter Komplott mit B versucht, einen Chinesen C mit dem auf den Namen B ausgegebenen Flugticket in Kanada illegal hineinzuschmuggeln. Dem Plan von A folgend zeigt B am Eincheckschalter des Flughafens ein Flugticket mit Namen des B sowie seinen japanischen Reisepass und erhält daraufhin einen entsprechenden Boarding Pass. Dabei spiegelt er mit der Absicht der Menschenschmuggelei, dem Personal des Eincheckschalters vor, dass er selbst an Bord ginge.

Die Begründung des OGH lautet: Der Grund dafür, dass die persönliche Identität von Passagieren beim Check-In genau geprüft werden muss, liegt darin, dass „das Einsteigen eines anderen als desjenigen, dessen Name auf dem Flugticket steht, eine Gefahr hinsichtlich der Sicherheit des Fluges birgt.“ Da die betreffende Fluggesellschaft „von kanadischer Regierung verpflichtet ist, die Ausgabe vom Boarding-Pass angemessen abzufertigen, ist es für die Gesellschaft auch hinsichtlich ihres Geschäfts von Lufttransport wichtig, keine andere Person an Bord zu lassen, als die die mit dem Flugticket registriert ist.“ Das Personal am Schalter hätte daher den Pass nicht überreicht, „wenn die Absicht des Angeklagten, einen anderen an Bord zu schicken, bekannt gewesen wäre“. Demzufolge ist „die Handlung, einen Antrag auf Überreichen des Boarding-Pass zu stellen, nichts anderes als die Täuschung im Sinne vom Betrug, falls die eigentliche Absicht, den Pass einem anderen weiterzuleiten, verschwiegen ist.“

3. Gesetzliche Grundlage und Problemstellung

1) § 246 JStGB Betrug als Eigentumsdelikt

Das japanische Strafgesetzbuch schreibt den Betrug, anders als das deutsche, auch in Form eines Eigentumsdelikts vor. Der § 246 Abs. 1 JStGB sieht vor: Wer einen anderen täuscht und sich dadurch eine fremde vermögenswerte Sache aushändigen lässt, wird mit Zuchthausstrafe bis zu 10 Jahren bestraft (sog. Sachenbetrug). Der Abs. 2 vom § 246 JStGB erfasst daneben die Handlung, durch Täuschung sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen (sog. Interessenbetrug).

Vor diesem Hintergrund wird Sachbetrug (Abs.1) von Rechtsprechung und der h. L. auch ohne Vermögensschaden, z. B. auch bei Zahlung eines dem Wert der Sache entsprechenden Entgelts angenommen, weil der Abs.1 wörtlich weder Vermögensschaden noch Vermögensvorteile fordert.

Die Tatbestandmerkmale des Betrugs sind daher auch bei Erhalt eines Papierstücks zumindest formell erfüllt, solange der Gegenstand unter den Begriff „Sache“ subsumiert werden kann und dessen Aushändigung auf einem Irrtum des

[2] OGH Besch. v. 29. 7. 2010 OGHSt 64. 5. 829

Verfügenden beruht. Dies gilt, auch wenn der ökonomische Wert der Sache sehr gering ist und/oder das Opfer dadurch eher einen Vermögenszuwachs erlangt.

2) Der ökonomische Wert der Sache, der Schutz anderen Rechtsguts und der Bezugspunkt des Irrtums

Da in den oben genannten, sowie in anderen ähnlichen Fällen, in denen der Täter nur Papierstücke, Plastikkarten, Bescheinigungen oder Ausweise erhält, die an sich ökonomisch kaum von Wert sind, stellt sich zunächst die Frage, ob ein solch geringer ökonomischer Wert ausreicht, um einen Betrug anzunehmen.

Die Rechtsprechung kompensiert die Geringfügigkeit des Sachwerts an sich mit ihrer abstrakten, ökonomischen Funktion. Dabei entstehen Bedenken, dass die Rechtsprechung somit andere Rechtsgüter einbeziehen würde oder im Namen der Vermögensdelikte die Gefährdung eines anderen Rechtsguts als das Vermögen bestrafen wollte.

Bei der Ausgabe von Sparbuch, Bankkarte und Boarding-Pässen irrt das Opfer nicht darüber, was es verliert und was es bekommt. Der Irrtum kann sich nicht auf das Vermögen beziehen. Ob es ausreicht, dass das Opfer irgendeinem Irrtum unterliegt, ist die dritte Frage.

Und es stellt sich auch die Frage, ob das Verhalten des Angeklagten eine konkludente Täuschung oder eine Täuschung durch Unterlassen darstellt. Das hängt aber von konkreten Gestaltungen des Einzelfalls ab und hängt mit den vorigen drei Fragen nicht zusammen. Auf die vierte Frage gehe ich daher nicht näher ein.

III. Geringfügigkeit des Vermögenswerts

In beiden oben geschilderten Fällen sind die aufgrund des Irrtums ausgehändigten Gegenstände von geringem Vermögenswert. Dies kann auch durch die ökonomische Funktion der Gegenstände nur schwerlich ausgeglichen werden. Nach der früheren Rechtsprechung bleibt daher Spielraum für einen Freispruch aufgrund der Bagatellgrenze des Deliktschadens.

Im Bankkonto-Fall bekommt der Täter lediglich ein Bündel Papier und eine kleine Kunststoffscheibe mit magnetischem Streifen, im Boarding-Pass-Fall nur ein kleines Blatt Papier. Auch ein Stück Papier ist zwar praktisch nichts wert, dennoch aber nicht gänzlich wertlos. Die Frage, ob es an einer vermögenswerten Sache oder generell einemVermögensschaden fehlt[3], stellt sich daher nicht.

Nach der h. L. kommt es bei Bagatellfällen darauf an, ob Schäden, die die Strafebene erreichen gegeben sind, d.h. strafwürdiges Unrecht vorliegt. Auch zwei alte Entscheidungen des RG und des OGH besagen, dass der Selbstverbrauch eines einzigen Tabakblattes durch den Tabakbauern zum einen, ein durch den Händler unberechtigter Weiterverkauf der Zigaretten ohne Zusatzpreis ist, zum

[3] *Hayashi*, Keiho Kakuron (Strafrecht BT) 2. Aufl., S.247f.

anderen bestehe keine Strafbarkeit wegen einer Verletzung des Tabakmonopolgesetzes[4].

In den Fällen des Erhaltens von Bescheinigungen durch falsche Angabe des Namens, der Adressen usw. oder sonstigen unwahren Anträgen haben einige Präfekturgerichte, also niedrigere Instanzen, z.B. bei Führerschein[5], Nationalkrankenschein[6] usw. nur Delikte der Urkundenfälschung angenommen, nicht aber Betrug[7]. Über den Reisepass[8] hat der OGH gleichfalls entschieden. Auch in solchen Entscheidungen spielt die Berücksichtigung der Geringfügigkeit von Vermögensschäden eine, aber nicht entscheidende, Rolle.

Auf der anderen Seite hat der OGH in einem Fall, wo der Angeklagte unter falschem Namen mit einer Kreditanstalt einen Darlehensvertrag geschlossen und daraufhin eine „Loancard" (Darlehenskarte) erhalten hat, den Angeklagten wegen Betrugs verurteilt[9].

Das Ergebnis wurde damit begründet, dass die Karte die Funktion hat, vom Geldautomaten Bargeld abzuheben. Angesichts dieser Funktion hat die Karte einen hohen ökonomischen Wert, der über die Kosten einer schlichten Plastikkarte weit hinausgeht. Bei derartigen Karten kann man die Geringfügigkeit der Sache an sich aus gutem Grund übergehen.

Auch die Handlung im Namen eines Dritten einen Versicherungsvertrag abzuschließen und einen Versicherungsschein zu erhalten, wurde vom OGH einmal als Betrug eingeordnet[10]. Dabei hat der OGH keine nähere Begründung geliefert. Auch diese Lösung kann man aber auf gleicher Ebene verstehen. Der Versicherungsschein verkörpert die Möglichkeit auf die Versicherungsleistung, die im Betrag über den schon eingezahlten gesamten Beitrag hinausgehen kann.

Der OGH ist aber weitergegangen und nahm auch bei Eröffnung eines Sparkontos im Namen eines Dritten einen Betrug an[11]. Das Sparbuch kann man jedoch nicht mit dem Versicherungsschein gleichsetzen. Die Aushändigung eines Kontobuches stellt keine Schöpfung eines neuen finanziellen Wertes seitens des Kontoinhabers dar, der die Leistung des Inhabers überwiegt. Der Kontoinhaber

---

[4] RG (Taishinin) Urt. v.11. 10. 1910, Taishinin Keiji Hankestu Roku (Niederschriften der Urteile vom Reichsgericht in Strafsachen, im folgenden „RG N St")16.1620, OGH Urt. v. 28. 3. 1957 O-GHSt 11.3.1275

[5] Präfekturgericht Takamatsu Marugame Zweigstelle Urt. v. 16.9. 1963 Kakyu Saibansho Keiji Saibanrei Shu (Entscheidungssammlung der niedrigeren Instanzen in Strafsachen, im folgenden „Kakeishu"), 5.867

[6] Präfekturgericht Nagoya Urt. v. 27. 4. 1979, Keiji Saiban Geppo (Monatsbericht der Strafsachen, im folgenden „Keigetsu") ,11.4.358

[7] Bei Registrierungsschein vom Stempel RG Urt v. 14. 7. 1923 Taishinin Keiji Hanrei Shu (Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Strafsachen, im folgenden „RGSt"),2.650, bei Bescheinigung vom Gebäudebesitz RG Urt v. 11. 6. 1914, RGSt 4.6.909

[8] OGH Urt. v. 25. 12. 1952, OGHSt, 6. 12. 1387

[9] OGH Beschl. v. 8. 2. 2002, OGHSt, 56.2.71

[10] OGH Beschl. v.. 27. 3. 2000, OGHSt 54.3.402

[11] OGH Beschl. v. 21. 10 2002, OGHSt 56.8.670

kann zumindest am Anfang keinen höheren ökonomischen Wert bekommen, als den, den er leistet. Aus Sicht der Bank ist die Eröffnung eines Kontos kein Schaden, eher ein Gewinn.

Man brauchte daher eine andere Begründung für den ökonomischen Wert eines Sparbuches. Nach dem OGH besteht der Wert darin, dass man mit dem Buch, Geld ein-, auszahlen und überweisen kann. Auch wenn man in einer solchen Möglichkeit zur Kontrolle oder Nutzbarkeit des Kontos einen ökonomischen Sinn sehen könnte, sind Führung und Aufrechterhalten eines Kontos immerhin in Japan prinzipiell kostenlos. Bei besonderen Verfahren mit dem Konto muss man jeweils zusätzliche Sondergebühren zahlen. Die vom OGH erwähnte Funktion des Sparbuches ist daher nicht von großem Wert.

Mag auch die Eröffnung und das Aufrechterhalten eines Bankkontos von ökonomischem Wert und das Sparbuch sowie die Bankkarte die Verkörperung dieses Wertes sein, kann man diese Logik dennoch nicht auf den Boarding-Pass-Fall anwenden. Zwar ist der Boarding-Pass Beleg für die Stellung des Inhabers an Bord sein zu dürfen, jedoch verkörpert er nur in symbolischem Sinne den Wert einer Bedienungsmöglichkeit. Das Entgelt dafür ist schon beim Kauf des Flugtickets bezahlt worden. Somit geht nicht erst mit Aushändigen des Passes der Wert über.

IV. Vorverlagerung der Bestrafung bei Verletzung anderer Rechtsgüter

Im Boarding-Pass-Fall hat der OGH bei der Begründung des Motivirrtums auf Seiten der Fluggesellschaft die Sicherheit des Luftverkehrs und das Verlangen der kanadischen Regierung nach strengerer Überprüfung der persönlichen Identität als einschlägig angeführt. Daraus ergeben sich Bedenken, dass hier hinter der Fassade des Betrugs eine latente Gefährdung des Luftverkehrs oder Grenzverkehrs bestraft würde.

Die Rechtsprechung hat früher, wie schon erwähnt, in den Fällen abgelehnt, einen Betrug anzunehmen, in denen der Täter mit falschem Antrag Bescheinigungen, die als Vermögensgegenstand nur von geringem Wert sind, wie Führerschein, Reisepass usw. erhält. Dabei liege nur Urkundenfälschung vor.

Im Fall vom Erhalt des Reisepasses hat auch der OGH das Vorliegen von Betrug folgenderweise verneint[12]: „Personenausweise, wie der Reisepass, muss die Person, deren Name darauf steht, im eigenen Besitz halten, um sie zur Wirkung zu bringen.“ Die Strafvorschrift von § 157 JStGB (Eintragung von falschen Daten in Reisepässe usw.) erfasse „daher naturgemäß die Tatsache, falsche Bescheinigung aushändigen zu lassen.“ Diese Tatsache mache gesondert kein Betrugsdelikt aus.

[12] OGH Urt. v. 25. 12. 1952 (Fußn. 8)

Steuerhinterziehung wird übrigens nach ständiger Rechtsprechung nur wegen der Verletzung einer der Strafvorschriften aus den verschiedenen Steuergesetzen bestraft, nicht aber wegen Betrugs[13]. Dies gehört zu demselben Problemkreis, wenngleich es hier nicht um Sachen, sondern um abstrakte Vermögensvorteile geht.

Die Strafbarkeit wegen Betrugs kann natürlich nicht nur dadurch ausgeschlossen werden, dass es andere gleichzeitig anwendbare Strafvorschriften gibt. Strafandrohung bei Urkundenfälschung (Eintragung von falschen Daten in den Reisepass usw. bis zu 1 Jahr) und bei der Steuerflucht (bis zu 5 Jahren) ist niedriger als bei Betrug (bis zu 10 Jahren). Die Lösungen der früheren Rechtsprechung sollten daher folgenderweise gedeutet werden: Angesichts der Geringfügigkeit des Vermögenswerts eines Reisepasses als Papierbündel tritt die Strafwürdigkeit der Vermögensverletzung hinter der entsprechend niedrig eingeschätzten Strafbarkeit der Verletzung von staatlicher Nachweiskraft zurück. Die Strafbarkeit bei Steuerflucht werde deswegen niedriger als Betrug angedroht, weil die staatliche Steuergewalt hinsichtlich des Vermögens zusammen mit anderen verwaltungs- oder zivilrechtlichen Zwangsmaßnahmen vielfältig geschützt ist und dabei beinahe ausschließlich die Verletzung von hoheitlichen Befugnissen übrig bleibt. In beiden Fällen braucht man nicht die Herbeiführung geringer Vermögensschäden, die die von den jeweiligen Strafvorschriften erfasste Verletzung des öffentlichen Rechtsguts notwendig begleiten, gesondert zu bestrafen.

Die zweite Instanz[14], die der Entscheidung des OGHs vorangegangen ist, die bei Eröffnung eines Bankkontos im Namen eines anderen einen Betrug angenommen hat, hatte mit der Begründung erklärt, dass ein Betrug nicht vorliegt: Das Sparbuch sei lediglich eine ausweisähnliche Urkunde, habe keinen selbständigen ökonomischen Wert in der Beziehung mit der Bank. Die Eröffnung eines Bankkontos im Namen eines anderen oder von einer erfundenen Person werde verboten, um die Kredit- und Finanzordnung zu regulieren.

Auf Grundlage dieser Betrachtungsweise dürfte der Beschluss vom OGH im Bankkonto-Fall[15] so ausgelegt werden, dass der OGH, im Gegensatz zur gerade erwähnten zweiten Instanz, mit dem § 246 Abs1. JStGB die Gefährdung eines anderen Rechtsguts als das Vermögen oder vermögenswerter Sache bestrafen wollte. Für diese Auslegung spricht auch, dass es im Zeitpunkt der Tathandlung die Strafvorschrift vom heutigen Geldwäschegesetz (§ 26 des Gesetzes zur Verhütung der Verlagerung vom Verbrechensertrag) noch nicht gab. Nach der Vorschrift wird mit Geldstrafe bis zu 500,000 Yen bestraft: wer Sparbuch oder Bankkarte von einem Bankkonto in der Absicht erhält, aushändigt bekommt oder annimmt, einer anderen Person vorspiegelt das Konto zu benutzen oder einen anderen das Konto benutzen zu lassen".

[13] RG Urt. v. 25. 5. 1911, RGNSt 17.959, RG Urt. v. 28. 10 1915, RGNSt 21. 1745
[14] Oberes Landesgericht Fukuoka Urt. v. 25. 6. 2001 in: OGHSt 61.5.521
[15] OGH Urt v. 17. 7. 2007 (Fußn. 1)

Denn der Strafgrund der Vorschrift liegt in der Gefährdung der Finanzordnung und des Ermittlungsverfahrens der Strafjustiz. Die Strafandrohung ist nicht besonders hoch angesetzt. Für die Zuwiderhandlung gilt das gleiche wie bei Steuerhinterziehung und bei der Urkundenfälschung. Diese Strafvorschrift spricht also zumindest heutzutage völlig dagegen, im entsprechenden Fall (auch) einen Betrug anzunehmen.

V. Irrtum über Tatsachen in Bezug auf das Vermögen

Sowohl im Boarding-Pass-Fall als auch im Bankkonto-Fall hat das Opfer nicht in Bezug auf das Vermögen geirrt. Im Bankkonto-Fall begründete der OGH die Annahme der Täuschung und des Irrtums nur dadurch, dass das Opfer das Kontobuch und die Bankkarte nicht ausgehändigt hätte, wenn ihm die Absicht des Täters bekannt gewesen wäre. Auch im Boarding-Pass-Fall wurde ergänzend erklärt, dass es institutionell vorgeschrieben sei, keinen Pass zu überreichen, wenn keine Identitätsgleichheit zwischen dem Adressat auf dem Pass und dem wirklichen Passagier besteht und dies bekannt wird.

Diese Formulierung, „ohne Täuschung, kein Überreichen" wird in der Rechtsprechung insbesondere oft bei Fällen verwendet, in denen man kaum oder nur schwer einen Vermögensschaden annehmen kann, z. B. im Fall des sog. Kreditkartenbetrugs, wo der Täter seine eigene Karte ohne Möglichkeit oder Willen der späteren Kreditzahlung benutzt oder die Karte anderer mit Einwilligung des Inhabers benutzt.

Diese Urteilsformel drückt etwas mehr als die Kausalität im Sinne der Bedingungstheorie zwischen Täuschung und Vermögensschaden aus. Gemeint ist, dass jeder Irrtum überhaupt, egal worüber, insoweit ausreicht, um einen Betrug anzunehmen, als das der Wille zur Sachverfügung seitens des Opfers davon bestimmt oder zumindest stark beeinflusst ist. Es geht dabei nicht um Qualität des Irrtums, sondern nur um Quantität.

Hier ist die Deliktsubstanz vom Betrug nicht in der Vermögensverletzung per Verlagerung der Sache oder der Sachenbewährung, sondern in der Willensverletzung durch Lügen und einer nur gelegentlichen Verlagerung der Sache zu verstehen. Mit anderen Worten ist das Schutzgut des § 246 Abs1. JStGB von dem Vermögen oder der Bewährung der vermögenswerten Sachen in die freie Willensbestimmung bei Sachenverfügung gewandelt worden.

Das Verständnis des Betrugs als Willensverletzung wäre nach dem Strafgesetzbuch, das den Betrug auch in Form eines Sachen- also Eigentumsdelikts vorsieht, noch möglich. Es liegt insoweit nahe, mit einer Verletzung der Freiheit das Delikt anzunehmen, als dass das Eigentum die freie Verfügung der Sache darstellt. Auch im JStGB muss der Betrug aber zumindest gleichzeitig als ein Vermögensdelikt verstanden werden, weil es § 246 Abs.2 gibt. Die Betrachtungsweise der

Rechtsprechung, die schon bei jeder Art von Irrtum, egal worauf er sich bezieht, einen Betrug annimmt, geht, ganz bescheiden ausgedrückt, zu weit.

Der Tendenz der Rechtsprechung entgegen verlangt ein einflussvoller Teil der Literatur[16], dass sich der Irrtum auf eine ökonomische, rechtsgutsbezogene Tatsache bezieht. Diese Betrachtung verdient Zustimmung. Ein Teil der Anhänger dieser Lehre relativiert jedoch ihre Begrenzung und befürwortet im Ergebnis die Falllösung der Rechtsprechung. Um Öffentlicher Regulierung nicht zuwiderzuhandeln gehöre für ein privates Unternehmen, wie Bank, Fluggesellschaft usw. auch das Vertrauen der Allgemeinheit zu ihrem „ökonomischen" Interesse[17][18]. Auch die Beweisfunktion der Bescheinigungen mache einen Teil des Vermögenswertes [19] aus. Dies läuft aber auf einen Etikettenschwindel hinaus.

VI. Schlussbemerkung

Die Umwandlung des Betrugs in eine schlichte Willensverletzung ist dogmatisch nicht haltbar. Auch rechtspolitisch gesehen besteht heutzutage kein Bedarf mehr, angesichts inaktiver Gesetzgebung und Strafbarkeitslücken bei Neuerscheinungen, eine neue rechtsgutverletzende Verhaltensweise mit der „elastischen" Auslegung der gegebenen Strafvorschrift zu schließen, weil die japanische Strafgesetzgebung im letzten Jahrzehnt ganz aktiver geworden ist, als zuvor. Man sollte zum Stand der Entscheidung, die beim Erhalten des Reisepasses aufgrund des falschen Antrags keinen Betrug angenommen hat, zurückkehren.

Der bisher skizzierten Tendenzen der Rechtsprechung entsprechend, hat man neuerdings in einem Fall - eigentlich der Tierquälerei - einen Betrug angenommen, in dem der Täter eine Katze von einem ehrenamtlichen Tierschützer, der verwilderte, ausgesetzte junge Katzen einsammelt, füttert und neue Besitzer sucht, mit verschwiegener Absicht erhielt, diese zu missbrauchen [20]. Dabei wurde § 246 Abs.1 JStGB ausgenutzt, um die relativ niedrige Strafandrohung von Tierquälerei in einem Sondergesetz angesichts der Schwere des Unrechts im konkreten Fall zu ersetzen.

In den Fällen, in denen vieleicht nicht einmal Klageerhebung erreicht wird, ist das Problem ernsthafter. In diesem Jahr wurden mehrere hochrangige Mitglieder der Verbrecherbande „Yakuza" wegen des Interessenbetrugs, einmal im April in

---

[16] *Hayashi*, Hanrei Times,1272.65; *Yamaguchi*, Strafrecht aus der Sicht der neueren Rechtsprechung 2. Aufl., S. 229 usw. im Anschluss an der deutschen sog. Theorie des rechtsgutsbezogenen Irrtums, die in der Diskussion über die Wirksamkeit der Einwilligung entwickelt wurde.

[17] *Hayashi*, a.a.O. (Fußn. 21)

[18] *Yamaguchi*, a. a. O. (Fußn. 21, S.234

[19] *Yamaguchi*, a. a. O. (Fußn. 21, S.231

[20] Präfekturgericht Yokohama Urt. v. 23. 5. 2012 LEX/DB25481421. Gesetz betreffend den Tierschutz und die Kontrolle von Haustieren § 44 "Wer ein geschütztes Tier ohne Berechtigung verletzt oder tötet, wird mit der Gefängnisstrafe mit Zwangsarbeit bis zu 1 Jahr oder mit der Geldstrafe bis zum einer Millionen Yen bestraft"

Chiba und noch einmal im Juli in Osaka, festgenommen. Der Verdacht lautete, dass sie jeweils auf den Golfplätzen, die den Verbrecherbanden die Nutzung untersagt hatten, ihre Zugehörigkeit zur Yakuza verschwiegen hätten. Oder aber, ein älterer Fall, eines Ex-Mitglieds der Aum-Sekt, der einen Mietvertrag über eine Wohnung abgeschlossen hatte und wegen des Verdacht auf Interessenbetrug festgenommen wurde, weil er dem Vermieter nicht offenbart hatte, dass er früher zu der „terroristischen" Gruppe gehörte.

In diesen Fällen handelt es sich offenbar um eine de facto Sicherheitsverwahrung zugunsten des Gemeinwohls oder um eine Festnahme aufgrund eines anderen Tatvorwurfs. Daraus ergibt sich, dass schon die Lösung vom OGH die zweckentfremdete Verwendung einer Strafvorschrift ist.

VI. Juristenausbildung in Japan

Das Juristenausbildungssystem Japans in der Krise
Wie geht es mit der sog. Law School weiter?

Mitsuru Iijima

I. Einleitung

In Japan wurde am 1. April 2004 ein neues Juristenausbildungssystem, das Law School System, eingeführt. Dieses neue System machte allen, die sich mit der Law School beschäftigen, also nicht nur Studenten, sondern auch Professoren, große Hoffnung darauf, dass hiermit die Juristenausbildung Japans verbessert werden kann. Aber die gegenwärtige Situation, nachdem acht Jahre verstrichen sind, ist gänzlich anders als wir dachten. Denn es herrscht eher Resignation in Bezug auf die Juristenausbildung durch das Law School System vor.

In diesem Vortrag möchte ich Ihnen zuerst Informationen über das geltende Juristenausbildungssystem Japans geben. Dann zeige ich Ihnen anhand verschiedener Daten die viele Law Schools betreffende, schwer zu beseitigende Krisensituation, die schlechte Einflüsse auf das japanische Justizwesen allgemein ausüben

kann. Abschließend behandele ich Hintergründe, die einer solchen Situation zugrunde liegen.

II. Das geltende Juristenausbildungssystem in Japan

Bevor im Jahre 2004 das Law School System zur Geltung gebracht wurde, war die Juristenausbildung Japans anders als heute[1]. Im bisherigen System hatte die Ausbildung an der juristischen Fakultät keinen direkten Zusammenhang mit dem Staatsexamen. Im alten System brauchte man keinen Universitätsabschluss zu machen, um sich zum Examen zu melden. Absolventen der Universität hatten das Privileg, von der sog. ersten Prüfung befreit zu werden, die darauf abstellt, ob Kandidaten über die allgemeine Bildung bezüglich der Sozial- und Naturwissenschaften usw. verfügen. Was Jurastudenten angeht, gab es im Allgemeinen sehr wenige Abgänger, die nach dem Abschluss des Studiums als Jurist tätig werden wollten. Grob gesagt, ca. 80% der Studenten sind als Angestellte in Firmen gegangen. 15% von ihnen arbeiteten als Beamte in Behörden. Nur der Rest, also 5%, wurde zu Juristen. Eine solche Tendenz ergibt sich ebenfalls für die gegenwärtig Studierenden der juristischen Fakultät. Jedoch ist es richtig, dass in der Eröffnungsphase der Law School die Zahl der Immatrikulierten der juristischen Fakultät mit der großen Hoffnung zeitweilig zugenommen hat, dass diese sich zukünftig nach dem Studium an der Law School dem Staatsexamen unterziehen und Juristen werden wollen.

Wie oben gesagt, in dem alten System waren viele Jurastudenten dem Staatsexamen aus dem Weg gegangen. Der Grund dafür liegt wohl darin, dass die Bestehensquote des ehemaligen Examens sehr niedrig war. Das alte Staatsexamen gliederte sich mit Ausnahmeder sog. ersten Prüfung, die auf die allgemeine Bildung abstellte, in drei Teile: in den Multiple-Choice-Test, Klausuren und die mündliche Prüfung. In diesen wurde versucht, die juristischen Erkenntnisse und ihre Anwendung auf die Praxis zu prüfen. Aber die Fragen der Multiple-Choice-Tests, wobei es sich um die Bereiche von Verfassungsrecht, Zivilrecht und Strafrecht handelte, waren unnötigerweise kompliziert formuliert und legten eher Wert auf die logische Befähigung als die juristische. Auch die Frage der Klausuren, die aus sechs Pflichtfächern (Verfassungs-, Zivil-, Straf-, Handelsrecht sowie Zivil-, und Strafprozessordnung) und Wahlfächern bestand, konnte sich wohl so charakterisieren lassen, dass Kandidaten für die Vorbereitungen darauf im sog. Repetitorium nur bestimmte Argumentationen auswendig zu erlernen brauchten. Die Bewerberzahl für dieses alte Staatsexamen betrug ungefähr 20.000 Personen pro Jahr. Weil aber die Anzahl der Erfolgreichen mindestens bis 1993 auf etwa 500 Personen jährlich eingeschränkt wurde, war die Erfolgsquote nur unter ca. 3%.

[1] Zum folgenden *Onagi*, Juristenausbildung in Japan, JuS 2007, S. 721 ff.; *Ishikawa*, Die neueste Entwicklung des japanischen Law School Systems – eine Zwischenbilanz, in: FS f. Dieter H. Scheuing, S. 842 ff.

Zwar ist die Zahl allmählich bis 2002 abschließend auf etwa 1.200 Personen gestiegen, jedoch hat sich das Image für das japanische Staatsexamen, mit wenig Erfolgschancen, überhaupt nicht verändert. In einer solchen Situation bewirkte das alte Staatsexamen, das man bis zum endgültigen Bestehen stets wiederholen konnte, außerdem das Problem, dass sowohl Kandidaten als auch erfolgreiche Bewerber immer älter wurden. Damals hat man öfter die Geschichte über den sog. Veteran-Kandidaten gehört, dass z. B. ein Kandidat über 40 oder 50 Jahre alt mit keinen anderen sozialen Erfahrungen, nur in seinem Zimmer der Elternwohnung die Prüfungstechnik jeden Tag allein einstudiert. Selbstverständlich könnte eine solche Geschichte nur eine sog. urban legend sein. Es ist aber sicher, dass das alte Staatsexamen mit vielen Mängeln behaftet war. Man hatte Furcht davor, dass dies in Japan zum Absinken des Niveaus der Juristen führt und das Justizwesen allgemein ungünstig beeinflusst.

Das im Jahre 2004 eingeführte Law School System zielte darauf ab, verschiedene Mängel des alten Juristenausbildungssystems, wie oben ausgeführt, zu beseitigen[2]. Überdies hatte das neue System einen engen Zusammenhang mit der damaligen Justizpolitik, die auf die Vermehrung der Juristenzahl in Japan abstellte. Ab dem Ende der neunziger Jahre wurde in unserem Land über die Justizreform debattiert, wobei man insbesondere Kritik daran übte, dass die Anzahl der japanischen Juristen im Verhältnis zur Gesamtbevölkerung und im Vergleich zu den westlichen fortgeschrittenen Staaten zu gering ist. Z. B. wurde im Jahre 1999 im Regierungsgremium zur Justizreform behauptet, dass es in Japan nur ca. 22.000 Juristen (Richter, Staatsanwalt und Rechtsanwalt) gebe, obwohl die Gesamtbevölkerung ca. 120 Millionen Personen beträgt, wogegen Frankreich, dessen Bevölkerung ungefähr die Hälfte von Japan ist, ca. 35.000 Juristen hat[3]. Dies führe so zur Funktionsstörung der Justiz Japans, sodass ihr nur 20% ihrer Funktion zur Verfügung stehe. Auf Basis dieses Gedankens, der die Vermehrung der Juristen als unausweichlich betrachtet, hat dann im Jahre 2001 der Ausschuss zur Reform des Justizwesens in seinem endgültigen Bericht vorgeschlagen: Erstens sollte die Erfolgsquote des neuen Staatsexamen so erhöht werden, dass ungefähr 70 bis 80% der Absolventen der zu gründenden Law Schools, die den Kern der neuen Juristenausbildung übernehmen, bestehen können. Zweitens sollte die Anzahl der erfolgreichen Kandidaten allmählich vergrößert werden und zwar sollte sie etwa im Jahre 2010 beim neuen Staatsexamen bis zu 3.000 Personen pro Jahr erreichen, wodurch schließlich die Anzahl der beruflich tätigen Juristen bis 2018 etwa an die Zahl von 50.000 Personen heranreichen wird. Diese zwei Punkte konnten gewiss die vielen nicht nur privaten, sondern auch staatlichen Universitäten dazu motivieren, eigene Law Schools einzurichten. Denn es erschien jedermann ersichtlich,

---

[2] Vgl. Zu den folgenden *Yamanaka*, Juristenausbildung in Japan, in: Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, S. 255 ff.; *Ishikawa*, Die neueste Entwicklung des japanischen Law School Systems (Anm. 1) S. 842 ff.

[3] Vgl. *Kawai*, Shiho no Hokai (Der Zusammenbruch des Justizwesens), 2008, S. 53 ff.

dass mehrere Kandidaten, die nach der Absolvierung der Law School in einem leichteren Prüfungsverfahren das neue Staatsexamen bestehen wollen, mit Begeisterung die Law School besuchen würden. Damit die zwei obigen Punkte widerspruchslos bleiben konnten, musste man aber die Anzahl der neu zu gründenden Law Schools angemessen begrenzen. Auch das Kultusministerium hatte deswegen zuerst vor, nur 15 Law Schools in ganz Japan einrichten zu lassen. Hingegen wurden insgesamt 74 Law School schließlich genehmigt (die gesamten Studienplätze: 5.785), obwohl diese Zahl offensichtlich zu hoch war. Es war daher bereits von Anfang an unvermeidbar gewesen, dass der Plan irgendwann fehlschlägt.

Ab dem 1. April 2004 begann das gegenwärtig geltende, neue Juristenausbildungssystem, wobei die Law School eine wichtige Rolle spielt. Allerdings wird hierbei die juristische Fakultät nicht abgeschafft, sondern beibehalten. Es ist daher nicht zu verneinen, dass ihre Rolle für die Juristenausbildung im neuen System sehr vage geworden ist. Wer in der Zukunft als Jurist tätig werden will, muss zuerst nach dem Abgang von der juristischen oder einer anderen Fakultät den Law School Admission Test (LSAT) ablegen, der landeseinheitlich im Mai und Juni zweimal pro Jahr veranstaltet wird, und die Noten bei der Aufnahmeprüfung der gewünschten Law School vorlegen. Der Inhalt dieses LSAT bezieht sich nicht auf den juristischen Fachbereich. Sondern es wird dabei hauptsächlich darauf abgestellt, ob der Absolvent die Fähigkeit zu logischen Schlussfolgerungen und zum Schreiben eines allgemeinen, überzeugenden Aufsatzes besitzt. Danach müssen sich alle Bewerber der Aufnahmeprüfung unterziehen, die auf eigene Art und Weise durch jede Law School meistens zwischen Juli und Februar durchgeführt wird. Die Schwierigkeit dieser Prüfung ist je nach der Law School ziemlich unterschiedlich. Die Ausbildung der Law School wird so charakterisiert, dass man nicht nur die Theorie, sondern auch die Praxis wichtig nimmt. Deswegen sind viele ehemalige Praktiker als Professoren tätig. Auch Richter und Staatsanwälte im Dienst beschäftigen sich -gesandt von Gericht und Justizministerium- mit den Vorlesungen sowie Übungen. Die Ausbildung der Law School gliedert sich in zwei Kurse, in den dreijährigen Kurs und den Zweijährigen. Ersterer stellt die Grundform der Ausbildung dar und ist grundsätzlich für Studenten gedacht, die wegen der Absolvierung einer nicht juristischen Fakultät bisher keine Kenntnisse über die Rechtswissenschaft haben. Dagegen richtet sich der zweijährige Kurs an Abgänger der juristischen Fakultät. Bei der Aufnahmeprüfung für den dreijährigen Kurs geht es nicht um juristische Fragen. Daher gibt es auch Absolventen der Rechtswissenschaften, die sich wegen ihrer nur oberflächlichen rechtswissenschaftlichen Kenntnisse absichtlich für den dreijährigen Kurs melden.

Nur wer die Law School absolviert hat, wird mit dem Titel J. D. (Juris Doctor) dazu berechtigt, sich für das neue Staatsexamen zu bewerben. Dieses fand zum ersten Mal 2006 statt. Dazu parallel wurde aber auch das alte Staatsexamen bis zum Jahr 2010 beibehalten. Das neue Staatsexamen besteht anders als früher ausschließlich aus dem Multiple-Choice-Test und den Klausuren. Diese werden im Mai einmal pro Jahr veranstaltet. Beispielsweise fanden im Jahre 2012 am 16. Mai

die Klausuren von einem Wahlfach (180 Minuten) und den öffentlich-rechtlichen Fächern (zwei Fragen: je 120 Minuten) statt, am 17. Mai wurden Zivilrechtsfächer (drei Fragen: je 120 Minuten), am 19. Mai Strafrechtsfächer (zwei Fragen: je 120 Minuten), am 20. Mai die Multiple-Choice-Tests (Zivilrechtsfächer: 150 Minuten, öffentlich-rechtliche Fächer: 90 Minuten, Strafrechtsfächer: 90 Minuten) durchgeführt. Der große Unterschied zwischen dem alten und dem neuen Staatsexamen liegt auch darin, dass sich bei letzterem der Kandidat innerhalb von 5 Jahren nach seiner Absolvierung der Law School nur dreimal der Prüfung unterziehen kann. In der Zeit des alten Staatsexamens gab es eine solche Beschränkung des Examens nicht.

Mit Ablegung des neuen Staatsexamens findet die Juristenausbildung noch keinen Abschluss. Die erfolgreichen Kandidaten müssen weiterhin in das einjährige Referendariat eintreten und zuletzt das sog. zweite Staatsexamen (Nikai-shiken) im Justizschulungsinstitut bestehen, das durch den Obersten Gerichtshof organisiert wird. Die Frist des Referendariats verkürzt sich jedenfalls im neuen System, verglichen mit dem alten. Denn jeder Referendar soll so behandelt werden, wie er bereits in der Law School auch die praxisbezogenen Kenntnisse erworben hat.

Ab dem Jahre 2011 wurde nun das Ersatzprüfungs-System eingeführt. Dies stellt sich als Ausnahme für diejenigen dar, die z.B. aus finanziellen Gründen in die Law School nicht eintreten können. Wer diese Ersatzprüfung bestanden hat, wird qualifiziert dazu, genauso wie die Absolventen der Law School das Staatsexamen zu machen. Wegen des Charakters der Ausnahme ist aber die Erfolgsquote der Ersatzprüfung sehr niedrig. Was die im Jahre 2011 veranstaltete Prüfung angeht, betrug die Quote nur 1.78 % von 8.791 Bewerbern.

III. Die Krisensituation der Law Schools

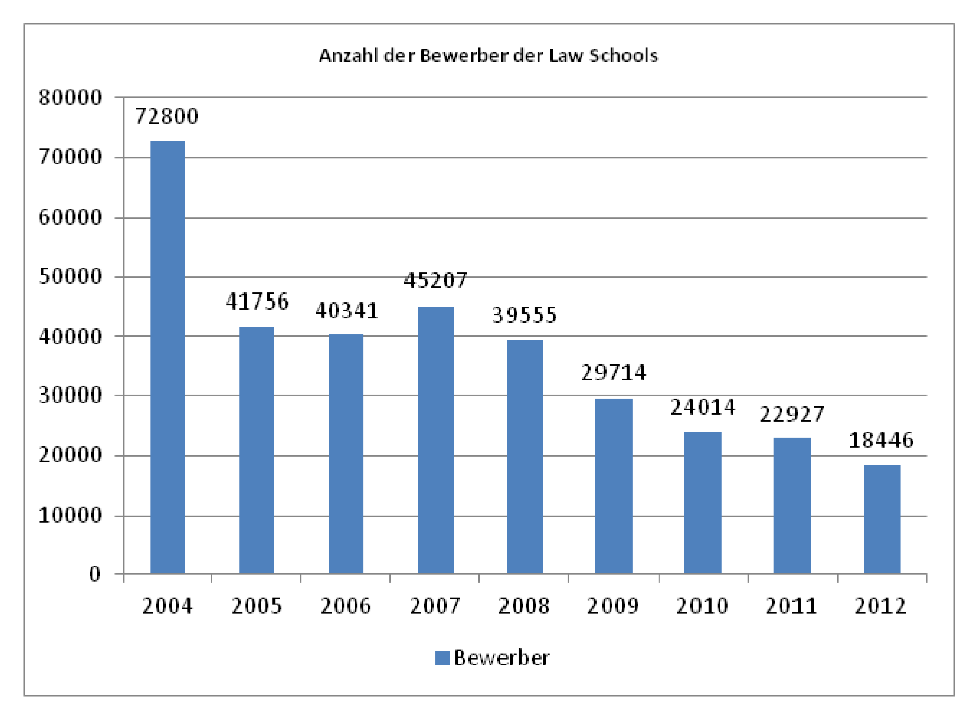
In der Eröffnungszeit der Law Schools glaubten fast alle, dass immer mehr Studenten in die Law School kommen und 70 bis 80 % von ihnen das Staatsexamen bestehen würden, wodurch sich die Anzahl der Juristen in ganz Japan sprunghaft vermehren und darüber hinaus zur Folge hätte, dass ein ideales Justizwesen etabliert werden könnte. Nunmehr sind acht Jahre vergangen. Die gegenwärtige Situation ist leider völlig anders als wir dachten. Vielmehr kann sie offensichtlich als eine Krise bezeichnet werden.

Die Krisensituation beruht erstens darauf, dass die Studienplätze der meisten Law Schools gar nicht vollständig belegt sind (vgl. die unten gezeigten zwei Diagramme[4]). Nach den Daten des Jahres 2012 ist der numerus clausus der neuen Studenten der 63 Law Schools nicht voll besetzt. Die sog. Auffüllrate der Studenten beträgt durchschnittlich ca. 70 % zu den gesamten Studienplätzen und es gibt

---

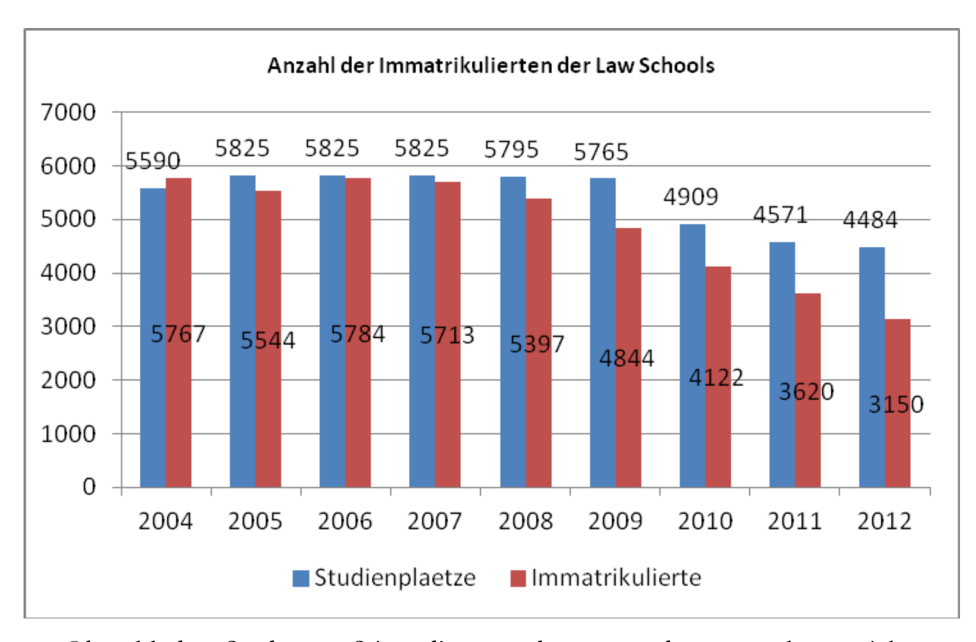
[4] http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chukyo/chukyo4/012/siryo/__icsFiles/afieldfile/2012/06/15/1322208_4.pdf.

11 Law Schools, deren Auffüllrate unter 20 % ist. In die Law School (Kobe-gakuin), die die niedrigste Quote (6 %) besitzt, sind nur zwei neue Studenten hinzugekommen, obwohl 35 Studienplätze frei waren. Die Unbeliebtheit der Law School ist darauf zurückzuführen, dass die Anzahl der Studenten, die in der Zukunft als Jurist tätig sein wollen, immer geringer wird. Dies übt gewiss indirekt auch einen Einfluss auf die juristischen Fakultäten aus, sodass sich auch deren Bewerberzahl verringert. Aber warum ist die Law School so unbeliebt geworden?

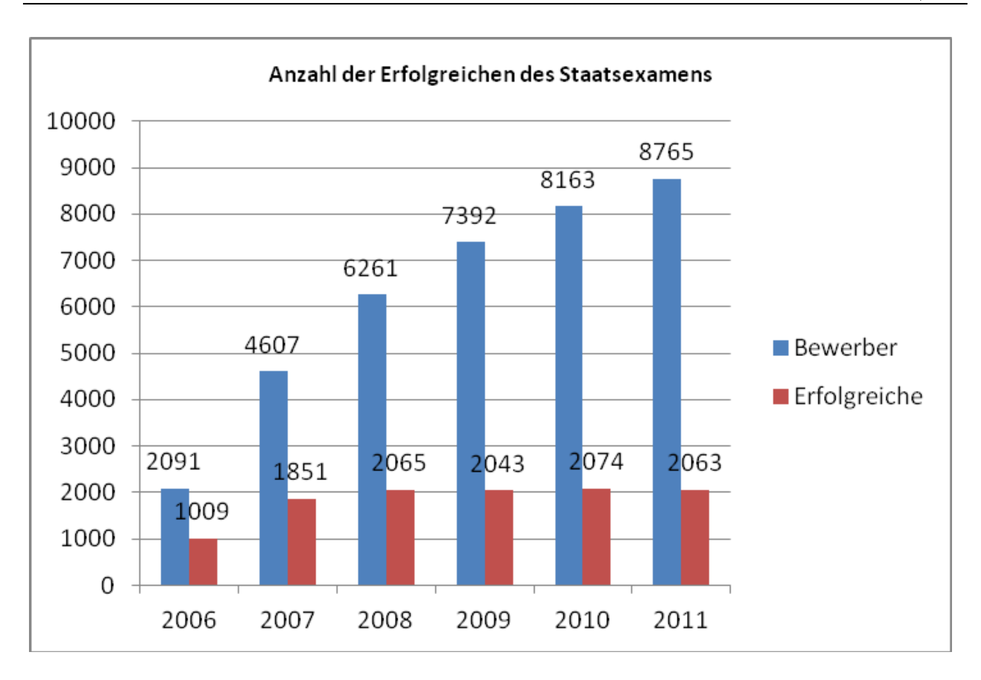


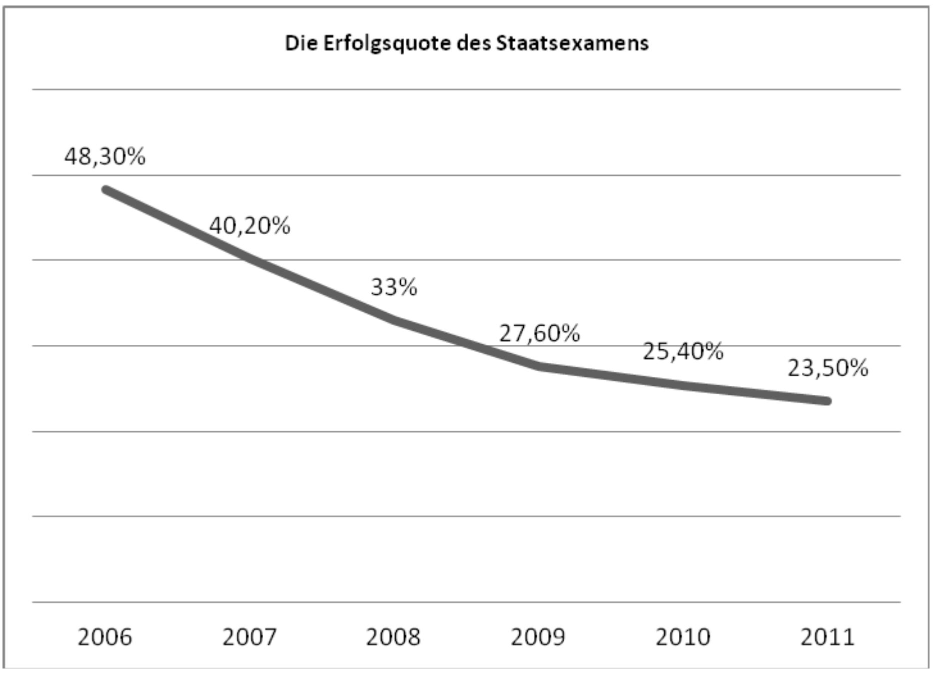
Der größte Grund dafür liegt darin, dass sich die zwei Punkte, die das Law School System untermauern sollen, also die hohe Erfolgsquote (70 bis 80 %) und die Anzahl der Bestehenden (3.000 Personen im Jahr 2010), bezüglich des Staatsexamens keineswegs realisieren. Nach den Daten, die in der 49. Sitzung des Sonderausschusses für die Law School im Kultusministerium am 12. Juni 2012 öffentlich gemacht wurden (s. die untenstehenden zwei Diagramme)[5], ist die Anzahl der erfolgreichen Kandidaten bis jetzt nur etwa bei 2.000 Personen geblieben und die Erfolgsquote war zwar im Jahre 2006 48.3 %, aber danach ist sie auffällig herabgesunken. Im Jahre 2011 beträgt sie nur 23.5 %. Studenten an den staatlichen Law Schools müssen als Studiengebühr ca. 800.000 Yen (knapp 8.240 Euro) pro Jahr bezahlen, Studenten an den privaten Law Schools mindestens über 1000.000 Yen.

[5] http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chukyo/chukyo4/012/siryo/__icsFiles/afieldfile/2012/06/15/1322208_4.pdf.



Obwohl den Studenten Stipendien angeboten werden, versteht es sich von selbst, dass Absolventen der Fakultät eine Tendenz haben, den Eintritt in die Law School zu umgehen. Denn ihr Studium mit den hohen Kosten lohnt sich nicht in Bezug auf die so geringe Erfolgschance des Staatsexamens. Wer aus Ehrgeiz vorhat, sich der Aufnahmeprüfung zu unterziehen, will ausschließlich in bestimmte Law Schools eintreten, die verhältnismäßig höhere Examenserfolgsquoten sozusagen produzieren. Deswegen werden die japanischen Law Schools gegenwärtig in zwei Gruppen geteilt. Einerseits gibt es die Law Schools mit noch relativ vielen Eintretenden, obwohl ihre Studienplätze auch nicht voll besetzt sind. Andererseits stehen die Law Schools, die bezüglich des Staatsexamens nur schlechte Leistungen vorweisen können, unter dem Druck, dass die Anzahl der Eintretenden sehr gering ist. Ca. 70 % der Erfolgreichen stammen aus nur den bestimmten zwanzig Law Schools, die im sog. Ranking für die Anzahl der Bestehenden bzw. die Erfolgsquote einen höheren Stellenwert haben. Daher geht es bei den über fünfzig anderen Law Schools ernsthaft um Belegung der Studienplätze. Es gibt im Jahre 2012 neun Law Schools, in die weniger als 5 Personen eingetreten sind, obwohl über 20 Studienplätze zur Verfügung standen.


Anzahl der Erfolgreichen des Staatsexamens
10000
9000
8000
7000
6000
5000
4000
3000
2000
1000
0
2091
1009
4607
1851
6261
2065
7392
2043
8163
2074
8765
2063
2006
2007
2008
2009
2010
2011
Bewerber
Erfolgreiche


Die Erfolgsquote des Staatsexamens
48,30%
40,20%
33%
27,60%
25,40%
23,50%
2006
2007
2008
2009
2010
2011

Die Unbeliebtheit der Law School basiert außerdem wohl darauf, dass für jüngere Leute besonders der Beruf des Rechtsanwalts immer weniger attraktiv ist. Die überwältigende Mehrheit der erfolgreichen Absolventen des Staatsexamens wird nach dem Referendariat normalerweise Rechtsanwalt. Jedoch sind Rechtsanwälte nach der Einführung des Law School Systems aus verschiedenen Perspektiven betrachtet in misslicher Lage. Dieses Problem wird unten wieder behandelt.

Die Krisensituation wird zweitens durch das Misstrauen gegen die Law School als juristisches Ausbildungsinstitut bestimmt, obwohl man eigentlich das Niveau der Law School durch eine von Dritten durchgeführte Evaluierung zu erhalten versucht. Das Misstrauen basiert hauptsächlich auf der niedrigeren Erfolgsquote (ca. 20 %). Jedoch ist die niedrigere Erfolgsquote unvermeidbar, denn die Anzahl der Erfolgreichen wird niedrig gehalten, obwohl durch die Wiederteilnahme der bisherigen Nichtbestandenen, die Bewerberzahlen für das Staatsexamen im Verlauf der Jahre zunehmen. Vielmehr richtet sich das Misstrauen wohl gegen die Leistungsfähigkeit der Erfolgreichen. Zwar wird es nunmehr den Kandidaten ermöglicht, das Staatsexamen relativ einfach zu bestehen. Dies wird durch den Vergleich der Erfolgsquote zwischen dem alten und dem neuen Staatsexamen klargestellt. Aber es wird öfter behauptet, dass sich die Qualität der erfolgreichen Absolventen bezüglich der rechtswissenschaftlichen Erkenntnisse verschlechtert hat[6], und zwar ist es unter Rechtsanwälten in aller Munde, dass trotz der 2.000 erfolgreichen Absolventen nur 500 Personen in der Praxis gut zu gebrauchen sind[7]. Am Ende des Referendariats muss man sich dem sog. zweiten Saatsexamen (Nikai-Shiken) im Justizschulungsinstitut unterziehen. Früher gab es nur einige, die nicht bestanden haben. Hingegen konnten im Jahre 2007 76 Personen von 1.055 Referendaren, die erstmals durch das neue Staatsexamen ausgewählt wurden, die zum Bestehen der zweiten Prüfung erforderlichen Zensuren nicht erlangen. Die Anzahl der Nichtbesteher im zweiten Examen (113 im Jahre 2008: 75 im Jahre 2009: 90 im Jahre 2010) vermehrt sich deutlich verglichen mit den durch das ehemalige erste Staatsexamen geprüften Referendaren. Dies wird auch darauf zurückgeführt, dass die Ausbildung der Law School versagt, die im neuen System als Ersatz für die Verkürzung der Frist des Referendariats einen Teil dieser Ausbildung übernehmen soll[8]. Auf Grund des Misstrauens gegen die Law School hat das von der Regierungspartei etablierte Project Team für das Juristenausbildungsinstitut im Juni 2012 verschiedene Vorschläge gemacht, dass nämlich die Erfolgsquote der Ersatzprüfung, die ihren erfolgreichen Kandidaten unabhängig vom

[6] Vgl. den Bericht vom Obersten Gerichtshof (http://www.moj.go.jp/content/000006955.pdf).

[7] Vgl. *Kawai*, Shiho no Hokai (Der Zusammenbruch des Justizwesens) (Anm. 3) S. 108.

[8] Nach dem Ergebnis der Umfrage, die durch die von Rechtsanwälten freiwillig gegründete Gruppe (Hoso jinko mondai kaigi: auf deutsch übersetzt, die Konferenz für Probleme der Anzahl der Juristen) im Mai 2012 veranstaltet wurde, haben sich ca. 60 % der Beantworteten (3.095) darüber positiv geäußert, dass das Law School System abgeschafft und das Referendariat mit den zwei Jahren genauso wie früher wiedereingeführt werden soll.
Dazu: http://jinkoumondai.housou.org/kanrensiryou-pdf/131~/201205152.pdf.

Law School Systems eine Chance für die Bewerbung auf das Staatsexamens gibt, sprunghaft erhöht werden soll, indem man Fragen dieser Prüfung viel einfacher macht und dass die öffentliche Unterstützung für bestimmte schwer zu verbessernden Law Schools reduziert werden soll und dass zuletzt die Praktiker über 30 % der Professuren jeder Law School besetzen sollen[9].

Soweit die Anzahl der erfolgreichen Absolventen des Staatsexamens nicht zunimmt, ist es zur Erhöhung der Erfolgsquote schließlich unvermeidbar, die Zahl der Kandidaten, also der Studienplätze jeder Law Schools oder sogar der Law Schools selbst zu mindern. Dies hätte jedenfalls auch eine gute Wirkung, um das Niveau der Law Schools zu erhalten. Denn die Law Schools, die meistens klein oder privat sind, sind wohl wegen kommerzieller Gründen oft gezwungen, auch Kandidaten, die bei der Aufnahmeprüfung mit schlechteren Note an der Grenze zum Bestehen abschneiden zu akzeptieren, damit ihre Studienplätze vollzählig besetzt werden[10].

Dementsprechend hatten viele Law Schools selbst versucht, ihre Studienplätze zu verringern. Außerdem hatte im Mai 2010 eine Law School (Himeji-Dokkyo) entschieden zu schließen, weil in besagtem Jahr niemand in diese eingetreten ist. Danach hat im September 2010 das Kultusministerium beschlossen, in Bezug auf die Law Schools, die die folgenden zwei Bedingungen erfüllen, die öffentliche finanzielle Unterstützung in bedeutendem Maß zu beschneiden[11]. Erstens ist die Anzahl der Prüfungskandidaten nicht mehr als doppelt so hoch wie die der Studienplätze. Zweitens besteht über drei Jahre der Zustand, dass die Erfolgsquote des Staatsexamens unter der Hälfte der durchschnittlichen Bestehensrate der gesamten Law Schools bleibt oder dass sich nur weniger als die Hälfte der gerade Absolvierten für das Staatsexamen beworben haben. Dies zielt offensichtlich darauf ab, Druck auf die schwächeren Law Schools auszuüben, wodurch sie sich von der Ausbildung gezwungenermaßen verabschieden. Im Jahre 2012 wurde die finanzielle Unterstützung für die sechs privaten Law Schools (Tokai, Daito-bunka, Kanto-gakuin, Ohmiya-hohka, Toin-yokohama, Meiji-gakuin) tatsächlich herabgesetzt. In dieser Krisensituation haben weiterhin die drei privaten Law Schools (Omiya-hohka, Meiji-gakuin, Kobe-gakuin) bis jetzt (im Juli 2012) entschieden zu schließen. Daher ist anzunehmen, dass immer mehr Law Schools künftig ihre

---

[9] Vgl. http://www.maekawa-kiyoshige.net/active.html. Nach dem Vorschlag geht es auch darum, zu überprüfen, ob die Absolvierung der Law School wirklich zur Bewerbung für das Staatsexamen notwendig ist.

[10] Vgl. *Ishikawa*, Die neueste Entwicklung des japanischen Law School Systems (Anm. 1) S. 849.

[11] Vgl. http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chukyo/chukyo4/012/siryo/attach/1298216.htm. Das Law School System stellte darauf ab, die als negative zu betrachtende Lage im alten Juristenausbildungssystem zu verbessern, dass Kandidaten des Staatsexamens ausschließlich die sog. Prüfungstechnik erlernten. Deswegen kann man in der Law School eine solche Technik nicht aufnehmen. Der Inhalt der Ausbildung der Law School hat also grundsätzlich keinen direkten Zusammenhang damit, Kandidaten sicher schnell bestehen zu lassen. Trotzdem wird die Law School zu Unrecht durch die Erfolgsquote des Staatsexamens bewertet.

Ausbildung aufgeben werden. Daraus entsteht aber ein anderes Problem, nämlich wohin ein Professor, der seine Stelle verloren hat, gehen soll.

IV. Weitere Hintergründe für die Krisensituation

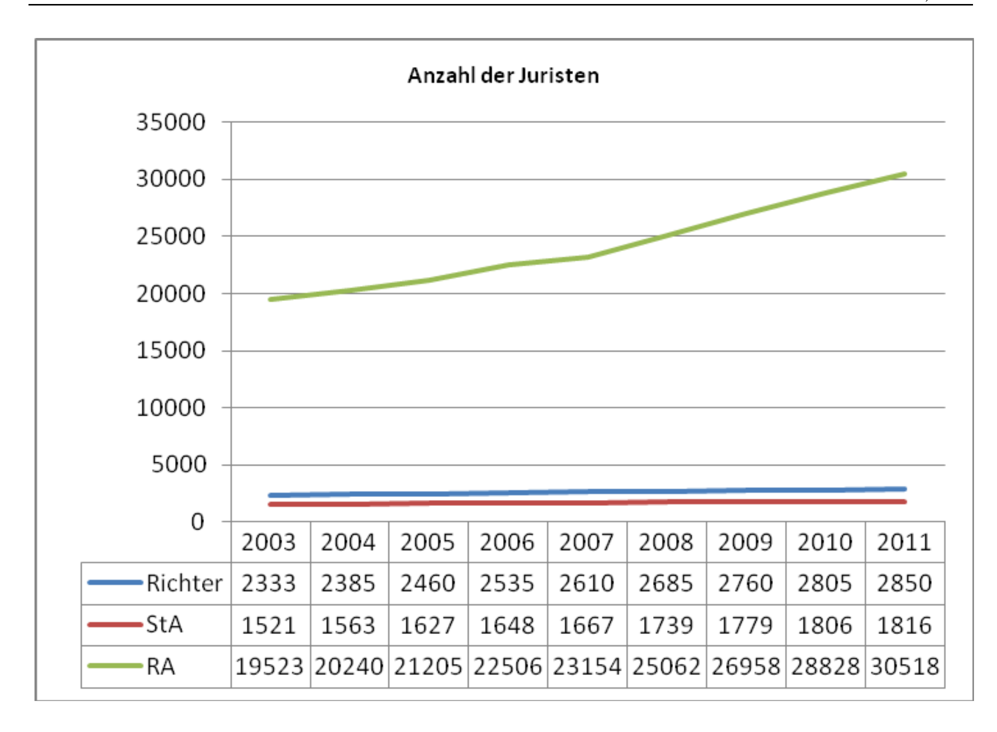
Wie oben erwähnt, versucht man die Anzahl der Studienplätze oder der Law Schools selbst zu verringern. Jedoch ist es zur Überwindung der Krise notwendigerweise ebenso unumgänglich, auch die Anzahl der erfolgreichen Absolventen des Staatsexamens allmählich zu vergrößern. Die Erweiterung der Juristenzahl wurde zwar im März 2002 nach dem Vorschlag des Ausschusses für die Justizreform auch von der damaligen Regierung als Grundlinie der Justizpolitik akzeptiert. Jedoch ist man noch nicht an die angestrebte Zahl, nämlich die 3.000 Erfolgreichen im Jahre 2010, herangekommen. Vielmehr wird diese Anzahl als nicht mehr erreichbar betrachtet. Im April 2012 hat das Ministry of Internal Affairs and Communications dem Kultusministerium sowie Justizministerium einen Rat erteilt, dass das Ziel zu hoch ist und der Wirklichkeit der japanischen Gesellschaft nicht entsprechen kann[12]. Die Rechtsanwaltskammer Japans (Japan Federation of Bar Associations) hatte schon im Jahre 2008 vorgeschlagen, dass das Ziel der Erweiterung der Juristenanzahl nach unten abgeändert werden soll[13]. Weiterhin wurde von Rechtsanwälten behauptet, dass nur 1.000 erfolgreiche Absolventen schon genügend sind[14]. Die Änderung der Richtung fußt hauptsächlich darauf, dass ein Stellenmangel für Rechtsanwälte entsteht, weil in der japanischen Gesellschaft der Bedarf an Rechtsanwälten kaum steigt. Nach der Einführung des neuen Staatsexamens hat nur die Anzahl der Rechtsanwälte s zugenommen, wie man dem folgenden Diagramm entnehmen kann[15].

[12] http://www.soumu.go.jp/main_content/000156955.pdf.

[13] http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/080718.pdf.

[14] Vgl. *Kohno*, Shiho kaikaku no shippai to Bengoshi (Der Misserfolg der Justizreform und der Rechtsanwalt), 2012, S. 21.

[15] Vgl. Das Weissbuch der Rechtsanwälte, 2011, S. 98.



	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Richter	2333	2385	2460	2535	2610	2685	2760	2805	2850
StA	1521	1563	1627	1648	1667	1739	1779	1806	1816
RA	19523	20240	21205	22506	23154	25062	26958	28828	30518

In dieser Situation zeigt sich der übermäßige Wettbewerb zwischen den Rechtsanwälten. Auch das Durchschnittseinkommen eines Rechtsanwalts ist hierdurch von 20.000.000 Yen (ca. 206.900 Euro) im Jahr 2004 auf 6800.000 Yen (ca. 70.360 Euro) im Jahr 2009 gesunken[16]. Außerdem kommt die schlechte Wirtschaftslage hinzu, die im sog. Lehmann-Shock ihren Ursprung hat, wodurch Rechtsanwälte in Schwierigkeiten geraten, neue Klienten zu bekommen. Daher neigen viele Kanzleien allgemein dazu, einen neuen Rechtsanwalt nicht aufzunehmen. Infolgedessen gibt es immer mehr Referendariatsabgänger (zum Ende 2011: 400 Personen)[17], die wegen des Stellenmangels auf die Registration bei der Rechtsanwaltskammer verzichten müssen. Weiterhin finden sich neuerdings neue, früher nicht gekannte Tätigkeitsformen der Rechtsanwälte, nämlich Soku-doku und Noki-ben. Soku-doku heißt auf deutsch die sofortige Unabhängigkeit. Ein Rechtsanwalt, der sofort nach dem Referendariat mit keinen praktischen Erfahrungen nur allein tätig ist, ist damit gemeint. Noki-ben bedeutet auf deutsch der Rechtsanwalt unter dem Vordach. Hiermit ist ein Rechtsanwalt gemeint, der ohne Lohn nur einen Arbeitstisch einer Kanzlei benutzen kann, aber allein die Aufträge finden muss. Die Vermehrung solcher Rechtsanwälte, die trotz ungenügender

[16] http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/publication/books/data/whitepaper_bengosisyuunyuu_syotokukeinenhikaku.pdf.

[17] Vgl. *Kohno*, Shiho kaikaku no shippai to Bengoshi (Der Misserfolg der Justizreform und der Rechtsanwalt) (Anm. 14) S. 12.

Praxiserfahrungen tätig sind, führt wohl zum Ergebnis, dass in der japanischen Gesellschaft immer mehr Misstrauen gegenüber dem Beruf des Rechtsanwalts hervorgerufen werden könnte.

Dem Ansetzen der Zielzahl auf 3.000 erfolgreiche Absolventen liegt die Annahme zugrunde, dass die Anzahl der Juristen in Japan verglichen mit anderen Staaten zu gering ist. Diese Annahme wird skeptisch betrachtet. Denn es gibt in unserem Land außer dem Juristen im strengen Sinne (Richter, Staatsanwalt und Rechtsanwalt) verschiedene Berufe, die sich mit juristischen Bereichen beschäftigen. Als solche Quasi-Juristen können Shiho-shoshi (judicial scrivener), Gyosei-shoshi (certified administrative procedures specialist; ähnlich wie solicitor), Benrishi (patent attorney oder patent agent), Tochi-kaoku-chosashi (land and house investigator) usw. angeführt werden. Es wird also behauptet, dass in Wahrheit die Anzahl der Juristen in Japan nicht so gering ist, wenn sie unter Berücksichtigung solcher Quasi-Juristen wieder berechnet wird. Nach einer Schätzung hat sie bereits vor der Einführung des neuen Staatsexamens ca. 270.000 Personen betragen[18]. Die gegenwärtig die Rechtsanwälte treffende schlechte Situation, basiert wohl auch darauf, dass der Wettbewerb mit den obig angeführten Quasi-Juristen unvermeidbar entstanden ist. Wenn sich die Anzahl der Rechtsanwälte noch weiter vergrößern würde, könnte daher vermutlich eine noch stärkere Konkurrenz herbeigeführt werden, soweit sich die Wirtschaftslage nicht gründlich verbessern würde.

Zur Beseitigung der Krisensituation der Law Schools muss man nicht nur auf die Reduzierung der Studienplätze sowie der Law Schools selbst abstellen, sondern auch die Erweiterung der Anzahl der erfolgreichen Absolventen bezüglich des Staatsexamens muss notwendigerweise realisiert werden. Wir müssen uns jedoch bewusst machen, dass die beiden Wege als Dornenpfade wahrscheinlich zu anderen problematischen Situationen führen können.

---

[18] Vgl. *Kawai*, Shiho no Hokai (Der Zusammenbruch des Justizwesens) (Anm. 3) S. 55.

Die Praxisausbildung im Referendariat

Junko Yamanaka

I. Einführung

Mein heutiges Thema gibt zuerst einen Überblick über das Praxisausbildungssystem und dann über den Inhalt der Praxisausbildung im Referendariat in Japan.

Erlauben Sie mir zuerst, mich Ihnen vorzustellen, damit Sie verstehen was für eine Ausbildung; wann und wo ich konkret erhalten und welche Erfahrungen ich gemacht habe.

Nachdem ich eine Law School in Tokyo im März 2009 absolviert hatte, habe ich im September des nächsten Jahres (also im September 2010) das Staatsexamen bestanden. Seit Ende November jenes Jahres habe ich etwa für ein Jahr die Juristenausbildung als Referendarin in Osaka erhalten. Nach meiner Referendariatszeit wurde ich am 15. Dezember 2011 zur Staatsanwältin ernannt. Ich bin zur Zeit in der Staatsanwaltschaftsbehörde in Tokyo tätig.

Die juristische Ausbildung im Referendariat in Japan, von der ich heute sprechen werde, ist ein einheitliches und gemeinsames Ausbildungssystem für jeden, der in Zukunft auf allen Berufsgebieten als Jurist, also als Richter, Staatsanwalt oder Rechtsanwalt, tätig werden will. Die Ausbildung wird mit dem Selben Lehr-

plan (Curriculum) durchgeführt. Sie ist also auf diejenigen, die den Weg wie ich zur Staatsanwaltschaft beschreiten wollen, nicht beschränkt.

Nun fange ich an, die Juristenausbildung im Referendariat (Shiho Shushu = JAR) in Japan zu beschreiben.

II. Überblick

Bei der neuen Juristenausbildung im Referendariat, die seit 2006 begonnen hat, besteht die einjährige Ausbildungsfrist aus drei verschiedenen Stufen für die Praxisausbildung:
1) Praxisausbildung je nach juristischem Bereich für 8 Monate,
2) die Wahlstation für 2 Monate und
3) die gemeinsame Praxisausbildung für 2 Monate.

Nachdem die Referendare danach das Schlussexamen (Referendariatsprüfung) bestanden haben, endet das Referendariat und sie erhalten die Qualifikation als Juristen, mit der sie Richter, Staatsanwalt oder Rechtsanwalt werden können.

Nebenbei gesagt dauerte die Ausbildungsfrist der alten Juristenausbildung im Referendariat „mindestens ein Jahr und 4 Monate“. Sie bestand auch aus der Ausbildung in drei Stufen:
1) Die erste Ausbildung in der Justiz-Training-Zentrale (Shiho Kenshusho) für 2 Monate. Dabei erlernt man die Grundkenntnis für juristische Praxis und Technik (Kunst) als eine Einführung zur Praxisausbildung.
2) Die Praxisausbildung für ein Jahr: Dabei erlebte man, wie man die praktischen Fälle behandeln sollte. Die Ausbildung wurde vollzogen unter der individuellen Leitung von erfahrenen Praktikern im Gericht, der Staatsanwaltsschaftsbehörde und im Anwaltsverein an verschiedenen Orten in Japan.
3) Die letzte Ausbildung für 2 Monate nochmals in der Justiz-Training-Zentrale: Dort bekam man eine abschließende Vollendungsausbildung.

Wenn man das neue System mit dem alten vergleicht, so lässt sich sofort erkennen, dass die Ausbildungsfrist verkürzt worden ist.

III. Praxisausbildung je nach juristischem Bereich

Bei der Praxisausbildung je nach juristischem Bereich, steht die (individuelle) Ausbildung im Zentrum; bei der man je unter der individuellen Leitung von juristischen Praktikern in Landgerichten, Landesstaatsanwaltschaftsbehörden und Anwaltsvereinen in den verschiedenen Städten in Japan die Behandlung der Fälle teilnehmend übt. Sie dauert je 2 Monate in vier Bereichen, wie Zivilgericht, Strafgericht, Anwaltsvertretung in Zivilsachen und Strafverteidigung.

1. Gerichtsstation

Bei der Zivilgerichts- und Strafgerichtsstation erlernt man die Leitung des Prozesses und die Herstellung der Überzeugungsbildung von Richtern, indem man unter der Leitung des zum einschlägigen Senat gehörenden Richters bei der mündlichen Verhandlung, bei der Stellungnahme, beim Vergleich und an der Hauptverhandlung teilnimmt und wobei man die richterliche Prozessleitung und Beweisaufnahme beobachtet. Die Auszubildenden müssen die Akten der anhängigen Fälle oder den Wortwechsel im Gerichtssaal untersuchen und überprüfen, danach müssen sie die Prüfungsergebnisse bezüglich der tatsächlichen und rechtlichen Problematik schriftlich berichten. Manchmal müssen sie die Urteilsbegründung entwerfen, die vom Richter bewertet werden.

Was mich bei der Strafgerichtsstation besonders tief beeindruckt hat, war meiner Beobachtung nach, die Urteilsberatung zwischen Richter und Schöffen (Saibanin) beim Schöffengericht (Saibanin Saiban) anzuhören. Die Schöffen haben Geheimhaltungspflicht bezüglich der Urteilsberatung (§ 9 Abs. 2 des „Gesetzes zum Strafgericht, an dem Schöffen teilnehmen“). Deswegen ist es ausgeschlossen, dass der Inhalt der Beratung veröffentlicht wird. Aber den Referendaren, die Geheimhaltungspflicht haben, ist es erlaubt, sie anzuhören (§ 75 Abs. 1 des oben genannten Gesetzes). Da die Referendare, die mit Ausnahme derjenigen, die in Zukunft Richter werden, keine Chance haben, die Urteilsberatung nachher anzuhören, habe ich den Eindruck gewonnen, dass die unmittelbare Beobachtung über die Herstellung der Überzeugungsbildung von Schöffen und die unmittelbare Teilnahme daran, wie der Richter den Schöffen den Fall erklärt, sehr nützlich für die Berufstätigkeit in Zukunft sein kann.

2. Staatsanwaltsschaftsstation

In der Staatsanwaltsschaftsstation erlernt man die Behandlung der in der Praxis begangenen Fälle unter der Leitung des zuständigen Staatsanwalt als Ausbilder: Vor allem erlernt und erfährt man Einzelheiten über die Ermittlungen wie Beweissammlung, Untersuchung der Verdächtigen oder Anhörung der Zeugen. Auch die Referendare müssen ihre Meinung darüber äußern, ob man gegen die Verdächtigen die Klage erheben muss oder nicht (in Japan gilt das Opportunitätsprinzip). Wichtige Aufgabe ist auch, bei der Hauptverhandlung das Verfahren auf der Seite des Staatsanwalts zu beobachten. An wie viel Fällen und welchen Fällen man teilnehmen kann, hängt von der Größe der Staatsanwaltsschaftsbehörde im einschlägigen Ort ab. Jedenfalls ist es ein wertvolles Erlebnis für die Referendare, dass sie unmittelbar mit den Verdächtigen oder Zeugen des Falles zu tun haben.

3. Anwaltsstation

Bei der Anwaltsstation ist es unsere Aufgabe, dass wir bei der Beratung der Mandanten oder vor Gericht mit dem Verteidiger unter der individuellen Leitung von

einem Rechtsanwalt dabei sein müssen, um verschiedene Anträge zu entwerfen, deren Entwürfe bewertet werden oder auch um die Tätigkeit in den Anwaltsvereinen zu erfahren.

Bei der Anwaltsstation untersteht ein Referendar der Führung eines leitenden Rechtsanwalts. Deswegen kann man sehr vertraulich und tief die Tätigkeiten als Rechtsanwalt erlernen. Indem man den Rechtsanwalt tagsüber begleitet, kann man nicht nur über den einzelnen Fall, sondern auch über den Tagesplan eines Rechtsanwalts, wie er an einem Tag seine Tätigkeiten verteilt und ordnet, Kenntnis erlangen.

Man kann sowohl die Betriebsrichtlinien der Kanzlei, als auch den Inhalt der Arbeiten von Angestellten in der Kanzlei erlernen, weil man lange in der Kanzlei bleibt und beobachtet.

Nebenbei gesagt, entscheidet der Anwaltsverein des Ortes darüber, bei welcher Kanzlei man die Station absolviert und wer einen anleitet. Was den Inhalt der Station anbelangt, so hat der zuständige Anwalt einen gewissen Ermessensspielraum. Deswegen wird das Profil des einzelnen Anwalts einigermaßen vom Inhalt und der Übungsmethode widergespiegelt.

IV. Wahlstation

Sie umfasst die Kurse, in der der Referendar entsprechend seiner erwünschten Laufbahnplanung oder seinem Interesse den Inhalt der Übung selber auswählen und planen kann, nachdem er die vier Stationen der „Praxisausbildung je nach den Juristenbereichen" einmal beendet hat. Dadurch kann man eine Vertiefung und Ergänzung der Praxisübung erreichen. Sie bezweckt, die praktischen Bereiche, die man in den anderen Stationen nicht kennenlernen kann, zu erproben. Diese Kurse sind erst im neuen Referendariatskonzept eingeführt worden.

Die Wahlstation wird von der Anwaltskanzlei aus durchgeführt, wo der Referendar seine Praxisübung im Anwaltsberuf ausgeübt hat. Von dort aus bekommt er verschiedene Ausbildungsprogramme im Landgericht, in der Landesstaatsanwaltsbehörde und im Anwaltsverein. Außerdem bietet man das Ausbildungsprogramm für alle Referendare in ganz Japan an. Es ist auch möglich, dass die Referendare selbständig Ausbildungsorgane suchen, die eng auf die Tätigkeiten als Jurist bezogen sind.

In der Wahlstation lässt sich der Ausbildungsinhalt auf der Basis des Interesses oder Wunsches des einzelnen Referendars auswählen. Z. B. ist es möglich, je nach Interesse die Praxisübung am Familiengericht, in der zivilrechtlichen Zwangsvollstreckung oder auch in einer Sonderfachabteilung wie der medizinischen Abteilung auszuwählen. Die Anwaltsvereine in jedem Ort stellen die verschiedenen Ausbildungsprogramme, die auf jedes Gebiet spezialisiert sind, zur Verfügung. Es gibt auch das Programm, nach dem ein „Mootcourt" veranstaltet wird.

In dem neuen Referendariat ist der Ausbildungsinhalt wegen der Fristverkürzung zusammengezogen, wenn man ihn mit dem alten Referendariat vergleicht. Deswegen lässt sich auch sagen, dass dies die Rolle der Wahlstation ist, den Ausbildungsinhalt für diejenigen, die Ausführliches in einem Gebiet erlernen wollen, um das zu ergänzen, was sie in den anderen Stationen nicht kennen lernen konnten.

V. Gemeinsame Praxisausbildung

Die gemeinsame Ausbildung sind Kurse, in denen die systematische und allgemeinnützliche Praxisausbildung die Praxisübung in den Stationen ergänzend gelehrt wird. Dabei hat sie den Zweck, den Standard der Praxis den Referendaren zu vermitteln. Sie wird in der Justiz-Training-Zentrale in der Stadt Wako in der Saitama-Präfektur für 2 Monate durchgeführt. Es hängt von dem Ort der Praxisausbildung ab, ob diese gemeinsame Ausbildung oder die Wahlstation zuerst durchgeführt wird.

In der gemeinsamen Ausbildung stehen folgende fünf Fächer auf dem Programm: Zivilgericht, Strafgericht, Staatsanwaltschaft, Vertretung in Zivilsachen, und Strafverteidigung. Je ein Ausbilder übernimmt die Betreuung und Verantwortung für eine Klasse. Jeder Klasse werden ca. 75 Referendare zugewiesen. Jedes oben genannte Fach hat je einen Klassenlehrer. Deswegen hat eine Klasse insgesamt fünf Ausbilder; damit wird eine fachliche Kompetenz und individuelle Anleitung gewährleistet.

Bei der gemeinsamen Ausbildung kommt es in der Mitte zur selbständigen Bearbeitung der Akten, indem man Fallakten tatsächlicher Fälle modifiziert verwendet. Die Entwürfe von Schriftsätzen werden vom Ausbilder verbessert und bewertet. Die Referendare diskutieren darüber untereinander auf der Basis der Entwürfe.

Nicht nur der Entwurf von Schriftsätzen, sondern auch gemeinsame Übungen der Tätigkeit beim Strafgericht, bei der Staatsanwaltschaft und Strafverteidigung und sogar die gemeinsame Übung von Zivilverfahren (Gericht und anwaltliche Vertretung) sind vorgesehen. Dadurch, dass man die selben Fälle als Stoff verwendet, diese analysiert und darüber diskutiert und dass man auch von jedem Ausbilder seine Meinungen hört, fördert dies die unparteiliche Beurteilung, also die von der Funktion unabhängige objektive Analysefähigkeit und Problemlösungsfähigkeit. Ich finde dies sehr nützlich für den zukünftigen Beruf als Jurist.

Ferner erlernen die Referendare, die in Zukunft Juristen werden, von den erfahrenen Ausbildern der Justiz-Training-Zentrale nicht nur für die Praxis nützliche Rechtskenntnisse, sondern auch die Juristenethik bzw. die Gesinnung als Jurist.

Sonst scheint mir die gemeinsame Ausbildung auch ihre guten Nebenwirkungen zu haben: Die Referendare bekommen jeden Tag in derselben Klasse die Intensivvorlesung. Deswegen wird die Freundschaft zwischen Referendaren vertieft

und die Klasse bietet Raum, die Personen zu finden, die in Zukunft die Kollegen, Ansprechpartner und gute Rivalen werden.

VI. Schlussexamen (Referendariatsprüfung)

Wenn man die Wahlstation und die gemeinsame Ausbildung beendet hat, wird das Referendarexamen (das zweite Staatsexamen) am Ende der Praxisausbildung durchgeführt. Diejenigen, die dieses Examen bestehen, beenden damit erfolgreich ihre Referendarausbildung. Sie erhalten die Qualifikation als Assessor, Staatsanwalt oder Rechtsanwalt.

Dieses sog. „Zweites Examen" dauert in jedem Fach 7 Stunden 30 Minuten inklusive einer Stunde, während die Prüfer eine Mittagspause machen können (in dieser einen Stunde dürfen die zu Prüfenden weiter machen). Man braucht nicht nur intellektuelle, sondern auch große körperliche und psychische Kräfte. Mit dem Tag der Verkündung des Bestehens endet die Referendarausbildung.

VII. Die Stellensuche

Die meisten Referendare, die Rechtsanwalt werden wollen, sind beschäftigt mit der Stellensuche während dieser Ausbildungszeit. Dafür müssen sie die verschiedenen Kanzleien besuchen. Es gibt manche Referendare, die schon sehr früh die Stellensuche begonnen haben und ihre Stelle an einer Kanzlei schon vor dem Bestehen des Ersten Staatsexamens gefunden haben. Aber die meisten müssen sie parallel mit der Referendarausbildung durchführen. Bei denjenigen, für die der Ort der Praxisausbildung von der zu besuchenden Kanzlei weit entfernt ist, ist die Abwesenheit bei der Praxisausbildung zum Zweck der Stellensuche insgesamt bis fünf Tage anerkannt.

Als Richter und Staatsanwalt werden diejenigen aufgenommen, die Richter und Staatsanwalt werden wollen und deren Fähigkeit, Geeignetheit, Persönlichkeit und Kenntnisse im schriftlichen Examen und der mündlichen Prüfung insgesamt als ausgezeichnet beurteilt wurden.

VIII. Fazit

Wenn ich hier nochmals zusammenfassen darf, besteht die Referendarausbildung hauptsächlich aus drei Stufen: Erstens: die Praxisausbildung je nach den verschiedenen Bereichen, die in den verschiedenen Orten in ganz Japan durchgeführt wird. Zweitens: die gemeinsame Ausbildung, die in der Justiz-Training-Zentrale als Vorlesungen und Übungen in Klassenraum durchgeführt wird. Drittens: die Wahlstation, bei der man je nach dem Interesse Kenntnisse vertiefen kann.

Das Ausbildungssystem in Japan besteht also aus dem Klassenunterricht im Klassenraum, bei dem die Praxis systematisch gelehrt wird, und konkreten Erfahrungen in Bereichen, in denen die Juristen tätig sind. Im System der einheitlichen Juristenausbildung, das die Praxis als Richter, Staatsanwalt und Rechtsanwalt für alle Referendare einheitlich und gleich durchführt, wird der Zweck verfolgt, das Gesichtsfeld zu erweitern und die Fähigkeit, die Dinge objektiv zu beurteilen, zu fördern, indem man einen Fall je von verschiedenen Funktionen aus objektiv und unparteilich betrachten lässt. Das System erscheint mir auch den Sinn zu haben, unter allen Juristen die Verständigung untereinander vertiefen zu können.

Bei mir ist es nur knapp ein Jahr her, seitdem ich als Praktiker tätig bin. Aber manchmal fühle ich, dass die Ausbildung im Referendariat sehr nützlich für meine jetzige Arbeit ist: Nicht nur was ich von den Ausbildern als Praktikern aus den verschiedenen Bereichen gelernt habe, vielmehr konnte ich auch verschiedene Erfahrungen bei der Beobachtung der Hauptverhandlung des Schöffengerichts und auch seiner Urteilsberatung sammeln. Das neue Ausbildungssystem ist jedoch erst seit 5 Jahren eingeführt worden. Ob dieses System erfolgreich ist, kann ich natürlich nicht beurteilen, aber objektiv scheint es mir auch noch zu früh für die Bewertung.

Ich bin nicht sicher, ob mein Referat für Ihre Kenntnisse über die Juristenausbildung in Japan etwas gebracht hat. Ich wäre sehr froh, wenn Sie es mit dem deutschen System vergleichen würden und mir Ihre Bewertung mitteilen könnten, um mir die Gelegenheit zu geben, meinen bescheidenen Erfahrungen und Kenntnissen des japanischen Referendarsystems noch die eines anderen Systems hinzuzufügen.

Damit schließe ich mein kurzes Referat. Ich danke Ihnen sehr für Ihre Aufmerksamkeit und Ihre Geduld.

Ehrenpromotion

Laudatio für Professor Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka

Jörg-Martin Jehle

Sehr verehrter Herr Professor Yamanaka, lieber Keiichi,
sehr verehrte, liebe Frau Yamanaka,
liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Angehörige der juristischen Fakultät, liebe Gäste!

Dass ich als ältester Aktiver der strafrechtlichen Säule und als kollegialer Freund die Laudatio halten darf, freut mich sehr. Es ist leicht, Keiichi Yamanaka zu würdigen, denn er ist ein Besonderer, eine besondere Persönlichkeit und ein besonderer Wissenschaftler.

I.

Keiichi Yamanaka wurde 1947 in die düstere entbehrungsreiche Nachkriegszeit Japans hineingeboren. Er wuchs vaterlos auf, und da seine Mutter für den Unter-

halt sorgen musste, verbrachte er seine Kindheit im Haushalt der Großeltern in Osaka. Sein Name Keiichi bedeutet: ichi, d.h. Erster, erster Sohn, und kei Achtung. Nomen est omen: Er war offenbar dafür geboren, ein Erster zu werden und Achtung zu erringen. Yama heißt Berg oder Gebirge und Yamanaka könnte man mit Mittelgebirge übersetzen. Daraus ist im Lauf seines Lebens ein herausragender Gipfel geworden, ein Fuji-Yama gewissermaßen.

Angeregt durch seine Mutter, die in einer Buchhandlung an einer technischen Universität tätig war, wollte er Naturforscher werden. Das hat aber nicht geklappt; wie er sagt: wegen seiner Faulheit. Diese Erklärung erscheint allerdings nicht ganz glaubhaft, wenn man auf sein gewaltiges Oeuvre blickt, das nur mit stupendem Fleiß entstanden sein kann.

Wie dem auch sei, wir sind froh, dass er nicht Naturforscher geworden ist, sondern sich der Rechtswissenschaft zugewandt hat. Anfänglich freilich nicht aus Neigung; Jura galt ihm zunächst nur als eine Brot-Wissenschaft. Seine damaligen existenzialistischen Zweifel am Leben haben ihn zur Beschäftigung mit Philosophie, Psychologie und auch Wirtschaftsgeschichte geführt. Insbesondere die Werke von Max Weber haben ihn stark beeindruckt. Damals – so sagt er – habe er empfunden, dass man nur in der protestantischen Ethik, in seinem Falle in der Konzentration auf die Wissenschaft, die Sinnlosigkeit des Lebens überwinden könne. Im Studium des Strafrechts hat er sich zunächst sehr für die philosophisch geprägte finale Handlungslehre interessiert, später – in Vorbereitung auf seine Magisterarbeit – hat er sich zunehmend am Problemdenken und Funktionalismus von Claus Roxin orientiert, was sich auch in seinen späteren Arbeiten niedergeschlagen hat.

Als junger Assistenzprofessor an der Kansai-Universität bekam er Anfang der 1980er Jahre die Chance, ein Stipendium der Alexander von Humboldt Stiftung zu erhalten, das ihn für zwei Jahre nach München an den Lehrstuhl von Roxin führte. Er nahm auch seine Familie, seine Frau und seine beiden Töchter, mit. Der Aufenthalt hat offenbar auch auf sie abgefärbt. Beide Töchter sind Juristinnen geworden, die eine ist als Professorin, die andere als Staatsanwältin tätig, und beide sprechen vorzüglich Deutsch, wovon sich die Delegation unserer Fakultät auf der Osaka-Tagung im Herbst 2012 überzeugen konnte.

Dieser erste Aufenthalt in München hat seine Verbundenheit mit Deutschland und dem deutschen Strafrecht begründet; sie hat ihn viele Male nach Deutschland und zunehmend auch in europäische Nachbarländer geführt.

II.

Nach diesen ersten Schlaglichtern auf seine Person und seinen Werdegang möchte ich mich ihm als besonderem Wissenschaftler zuwenden, und zwar in einem Dreierschritt: Zuerst seinem Wirken in Japan, zum Zweiten dem Transfer deutschen

Strafrechts in die japanische Strafrechtslehre und drittens der Übermittlung japanischer Konzepte in die deutsche und europäische Diskussion.

1. Zum Ersten kann ich nicht viel sagen. Obwohl als Jehle-San Ehrenmitglied der japanischen Strafrechtswissenschaftlichen Gesellschaft muss ich gestehen, dass ich nicht viel mehr vom Japanischen verstehe als: arigato, kampai und sayonara. Daher muss ich mir mich hier auf das Förmliche beschränken: Yamanaka ist ein außerordentlich produktiver Autor. Er hat in japanischer Sprache mehrere Lehrbücher zum materiellen Strafrecht veröffentlicht, mehrere Monographien zu allgemeinen Strafrechtskonzepten: zur Straftatenlehre, zur Kausalität und zur objektiven Zurechnung sowie zur Notwehr und zum Rücktritt, und über 300 Aufsätze geschrieben, vornehmlich im Bereich des materiellen Strafrechts, aber auch darüber hinausgehend und in jüngerer Zeit zunehmend zum Medizinstrafrecht.
Er hat sich damit in der japanischen Strafrechtswissenschaft ein hohes Standing erworben, wie seine langjährige Funktion im Vorstand der japanischen Strafrechtswissenschaftlichen Gesellschaft beweist. Die Titel der Arbeiten, soweit sie mir in Übersetzung vorliegen, weisen bereits darauf hin, dass Yamanaka sich ständig mit deutschen Konzepten auseinandersetzt.

2. Und damit bin ich beim zweiten Schritt: dem Transfer deutscher Strafrechtskonzepte in die japanische Strafrechtslehre. Mit Transfer ist nicht ein schlichter Import gemeint – auch wenn Yamanaka dazu selbst Wichtiges beigetragen hat, vor allem mit seiner Übersetzung der großen Lehrbücher von Roxin zum Allgemeinen Teil des Strafrechts und von Kaiser zur Kriminologie. Es geht auch nicht um eine unreflektierte Rezeption im Sinne einer Übernahme des fremden Konzepts in die eigene Rechtsordnung und Rechtslehre. Vielmehr gilt es das zu beachten, was Yamanaka den Kontextwechsel nennt. Wird ein rechtliches Konzept oder ein Theoriestück, das organischer Teil eines Rechtssystems und eines sozio-kulturellen Zusammenhang ist, in eine andere Rechts- und Gesellschaftsordnung übertragen, so bildet es dort einen Fremdkörper. Erst wenn man es so umformt, dass es in den neuen, andersartigen Kontext passt, dass es den sozialen und kulturellen, den moralischen und ethischen Maßstäben des Landes entspricht, erst dann lässt es sich in diese Rechtsordnung integrieren. Diesen Vorgang bezeichnet Yamanaka als Japanisierung der deutschen Strafrechtstheorien. Und er hat diesen Vorgang in vielen Bereichen wissenschaftlich analysiert und selbst wesentliche Beiträge zu einer so gearteten Integration geleistet.

Exemplarisch sei hier die Lehre von der Erfolgszurechnung genannt. Es ist ihm gelungen, dieser einen festen Platz in der japanischen Strafrechtstheorie zu verschaffen und darüber hinaus für die veränderte Rechtsprechung des japanischen Obersten Gerichtshofs eine theoretische Grundlage zu liefern.

3. Die Auseinandersetzung mit der deutschen Theorie und der deutsch-japanische Rechtsvergleich haben nicht nur in einer Art Einbahnstraße in Richtung Japan stattgefunden, sondern Yamanaka hat sich schon früh mit deutschsprachigen Arbeiten in die hiesige strafrechtswissenschaftliche Diskussion einge-

schaltet – das ist mein dritter Punkt. Auch hier hat er sich nicht damit begnügt, sich mit deutschen Konzepten auseinanderzusetzen bzw. ihre Eignung für die japanische Strafrechtslehre darzulegen; vielmehr hat er sich erfolgreich bemüht, die japanisierten Theorien ebenso wie genuin japanische Konzepte vorzustellen und ihre Tauglichkeit auch im internationalen Kontext zu erörtern.

In seiner Rede wird er – wie ich weiß – einige Beispiele dazu bringen. Inzwischen liegen mehr als 50 Veröffentlichungen in deutscher Sprache vor, darunter zwei Bücher mit ausschließlich eigenen Beiträgen; zuletzt ist bei de Gruyter die Aufsatzsammlung zu „Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft“ erschienen, die für das deutsche Publikum zum ersten Mal einen umfassenden Überblick dazu bietet.

III.

Waren seine international rechtsvergleichenden Bemühungen anfänglich auf Deutschland fokussiert, so hat er seinen Wirkungskreis nach und nach ausgeweitet. So hat er - überwiegend veröffentlichte - Vorträge in Polen, Finnland, Spanien, in den ostasiatischen Nachbarländern Korea und China und auch in den USA gehalten. Dass seine Arbeiten international Widerhall gefunden haben, davon zeugen die bisherigen Ehrendoktorwürden von der polnischen Universität Bialystok und der peruanischen Universität Huanuco.

Von den weiteren Auszeichnungen will ich nur eine erwähnen, die seinen besonderen Rang im deutschsprachigen Strafrecht hervorhebt: Er ist im vergangenen Jahr mit dem Reimar Lüst-Forschungspreis der Alexander von Humboldt-Stiftung ausgezeichnet worden; dies wird ihn in nächster Zeit hoffentlich verstärkt nach Deutschland und auch nach Göttingen führen.

IV.

Resümierend darf man sagen: Wir ehren mit Keiichi Yamanaka einen Wissenschaftler, der in der Gegenwart als der wohl bedeutendste Repräsentant einer rechtsvergleichenden Kooperation zwischen den Strafrechtswissenschaften in Japan und in Deutschland gelten kann. Wir hoffen für ihn, dass ihm noch lange die wissenschaftliche Schaffenskraft und Schaffensfreude erhalten bleiben, und wir hoffen für uns, dass wir weiterhin von der Kooperation mit ihm profitieren dürfen!

Also, weiter so, lieber Herr Kollege Yamanaka, lieber Keiichi, ad multos annos!



Rede anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde

Ein kurzer Rückblick auf die Beziehung zwischen der deutschen und japanischen Strafrechtswissenschaft

Keiichi Yamanaka

Spektabilität, sehr geehrter Herr Dekan Professor Schorkopf,
liebe Kolleginnen und Kollegen,
meine sehr verehrten Damen und Herren

1. Einleitung

Es ist mir eine außerordentliche Freude und Ehre, von der hochangesehenen Juristischen Fakultät der weltweit renommierten Georg-August-Universität Göttingen die Ehrendoktorwürde verliehen zu bekommen und Ihnen aus diesem Anlass einen Vortrag halten zu dürfen. Besonders dankbar und außerordentlich

geehrt bin ich, dass Ihre Fakultät meine bescheidenen Beiträge zur Strafrechtswissenschaft und zum wissenschaftlichen Austausch zwischen Deutschland und Japan so hoch geschätzt hat.

Wissenschaftlich habe ich mich seit vielen Jahren mit der deutschen Strafrechtswissenschaft beschäftigt: Schon meine Magisterarbeit an der Kansai Universität in Osaka hatte als Thema: das „rechtmäßige Alternativverhalten bei den fahrlässigen Delikten im Strafrecht", insofern hat es sich auf die „Lehre von der objektiven Zurechnung" in der deutschen Strafrechtswissenschaft bezogen[1]. Dies stellte den Beginn meiner wissenschaftlichen Karriere dar. Dem seinerzeit in der Rechtswissenschaft in Japan bestehenden ungeschriebenen Gesetz folgend, dass man nicht allzu schnell promovieren sollte, habe ich vor meiner eigentlichen Dissertationsschrift zwei Monographien veröffentlicht: 1984 mit dem Titel "Kausalität und Zurechnung im Strafrecht", und 1985 mit dem Titel „Grenzen der Notwehr"[2]. Erst im Jahre 1997 folgte die Dissertation[3] an der Universität Kyoto über „Die Lehre von der objektiven Zurechnung im Strafrecht", die an meine Magisterarbeit anknüpfte. Meine Theorie der Erfolgszurechnung ist so gestaltet, dass sie das deutsche Grundlagenkonzept an die japanische Situation theoretisch und praktisch anpasst, um den Gedanken leichter in die japanische Strafrechtspraxis integrieren zu können[4]. Nach langer wissenschaftlicher Isolation wurde meiner Theorie in den 90er Jahren plötzlich Aufmerksamkeit zuteil. Dies hatte seine Ursache darin, dass der Oberste Gerichtshof in Japan[5] eine Denkweise entwickelt hat, die man im Lichte der Lehre von der objektiven Zurechnung vortrefflich erklären kann.

Bereits im Jahr 1980 konnte ich zum ersten Mal Deutschland besuchen. Meine Motivation war natürlich in erster Linie, den lästigen Aufgaben der Fakultätsverwaltung zu entfliehen. Im Ernst, ich war der Humboldt-Stiftung sehr dankbar, dass sie mir diesen Forschungsaufenthalt ermöglicht hat. Damit konnte ich von

---

[1] Die Magisterarbeit wurde modifiziert unter dem Titel "Zum Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten" in: Hogaku Ronso Bd. 92, H3, Bd. 93, H.2, und H. 5 (1972-73) veröffentlicht.

[2] Vor allem über die Entwicklung der Notwehr in Japan vgl. meinen Aufsatz, „Zur Entwicklung der Notwehrlehre in der japanischen Judikatur. Der Streit um den Fall der selbst herbeigeführten Notwehrlage", in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems (Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag,), 2013, S. 511 ff.

[3] Die Monographie, die nachher als Dissertation abgegeben wurde, wurde schon 1997 aus Seibundo-Verlag veröffentlicht.

[4] Zum kurz zusammengefassten Inhalt der wichtigen Punkte meiner Dissertation habe ich auf Deutsche geschrieben: Vgl. *Yamanaka*, Die Lehre von der objektiven Zurechnung in der japanischen Strafrechtswissenschaft, in: Loos/Jehle (Hrsg.), Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart (Zur Ehre für Prof. Manfred Maiwald), C.F. Müller Verlag, 2007, S. 57 ff.

[5] Der Beschluss des OGH v. 11. 5. 1988, Keishu Bd. 42, H. 5, S. 807: Beschluss des OGH vo. 20. 11. 1990, Keishu Bd. 44, Heft 8, S. 837: Beschluss des OGH v. 17. 12. 1992, Keishu Bd. 46, Heft 9, S. 683: Beschluss des OGH v. 16. 7. 2003, Keishu Bd. 57, H. 7, S. 950: Beschluss des OGH v. 19. 10. 2004 Keishu Bd. 58, H. 7, S. 645.

1980 bis 82 mich als Stipendiat bei Herrn Professor Claus Roxin in München aufhalten. Das war meine erste Auslandserfahrung überhaupt. Diese Gelegenheit hat mir eine neue internationale Perspektive für meine wissenschaftlichen Tätigkeiten gegeben[6]. Seither habe ich mich bemüht, meine wissenschaftlichen Gedanken in der deutschen Sprache auszudrücken, um die bisher einseitige wissenschaftliche Beziehung zwischen Deutschland und Japan etwas wechselseitiger zu machen. Daher habe ich bei sich bietenden Gelegenheiten Aufsätze auf Deutsch geschrieben[7].

Was mein Verhältnis zur Universität Göttingen anbelangt, so fand mein erster Besuch im Jahre 1989 statt. Ich habe einen Vortrag in der Vorlesung von Herrn Heinz Schöch, dem Vorgänger von Herrn Jehle, gehalten. Zum Zustandekommen des Partnerschaftsvertrags zwischen Göttingen und Kansai habe ich später auch ein wenig beigetragen. Der damalige Präsident der Universität Göttingen, Herr Professor Horst Kern, war am Ende der 90er Jahre für etwa einen Monat bei uns an der Kansai-Universität. Anschließend habe ich mit Herrn Prof. Kern während meines Aufenthalts in Leuven in Belgien Kontakt aufgenommen, um einen Partnerschaftsvertrag zwischen Göttingen und Kansai vorzubereiten. Im Jahre 1999 ist der Partnerschaftsvertrag zwischen Göttingen und Kansai tatsächlich zustande gekommen.

Auf der Grundlage dieses Vertrags haben wir ein erstes Symposium zwischen unseren Fakultäten im März 2002 in Osaka veranstaltet, inzwischen hat es dreimal stattgefunden[8]. Hierbei war mir der Kollege Jehle ein hilfreicher und verlässlicher Partner.

Die Entscheidung der juristischen Fakultät der Universität Göttingen, mir die Ehrendoktorwürde zu verleihen, ist der Unterstützung vieler Kollegen und Freunde zu verdanken. Ich darf die Gelegenheit nutzen, meine besondere Dankbarkeit für die ehrenvolle Verleihung und für ihre Unterstützung all meinen Kollegen zu bekunden. Mein besonderer Dank richtet sich an Herrn Professor Jehle, der mich heute in seiner Laudatio so freundlich gewürdigt hat.

---

[6] Ich habe vor allem die Beziehung zu den polnischen Kollegen verstärkt und nachher die Serie von Symposien zwischen Deutschland, Polen und Japan mitgemacht: Vgl. *Eser/Yamanaka* (Hrsg.), Einflüsse deutschen Strafrechts auf Polen und Japan, Nomos Verlag, 2001, SS. 280. Außerdem habe ich 2007 von der Universität Bialystok in Polen eine Ehrendoktorwürde verliehen bekommen.

[7] Meine zwei Sammelbände, in denen meine auf Deutsch geschriebenen Aufsätze zusammengestellt wurden: Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft (unten als „Strafrechtsdogmatik" zitiert), 2008, Nomos- Dike, 358 S.; Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft (unten als „Geschichte und Gegenwart" zitiert), de Gruyter, 2012, 436 S.

[8] Ergebnisse der Symposien wurden jeweils veröffentlicht: Neue Herausforderungen für Recht und Rechtswissenschaft: Ein Symposium der Universität Kansai und Göttingen, in: Zeitschrift für Japanisches Recht 2002, Heft 14, S. 151 ff.; Rezeption und Reform in der japanischen und deutschen Recht, (Hrsg. mit Jehle/ Lipp), Universitätsverlag Göttingen, 2008 SS. 276; Veröffentlichung des dritten Symposiums im Jahre 2012 „Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit" in diesem Band.

Ich möchte im Folgenden einen kurzen Blick auf die strafrechtswissenschaftliche Beziehung zwischen Japan und Deutschland werfen.

2. Entstehung des geltenden StGB und Einfluss der deutschen Strafrechtswissenschaft

Heute steht die japanische Strafrechtswissenschaft immer noch unter dem starken Einfluss der deutschen Strafrechtswissenschaft. Dies war jedoch nicht schon am Anfang der modernen Strafrechtswissenschaft in Japan so[9].

Seit 1873 bis Anfang des 20. Jahrhunderts beeinflusste die französische Strafrechtswissenschaft die japanische, weil das Shogunat, das vor der Meiji-Restauration die Herrschaftsmacht innehatte, mit Frankreich gute Beziehungen pflegte. Die Regierung hat im Jahre 1873 als sog. „Angestellten Ausländer" für Rechtswissenschaft den Pariser Jura-Professor Gustave Emil Boisonade,(1825-1910) berufen. Dieser war ein Schüler von Elzear Ortolan (1802-1873), einem Strafrechtslehrer an der Universität Paris .Boisonade hat den Entwurf des „alten StGB" von 1880 gestaltet. Bereits etwa 10 Jahre nach dem Inkrafttreten des alten StGB wurde eine Strafrechtsreform diskutiert. Die japanische Gesellschaft brauchte kein liberales StGB, sondern eines, das den Zweck der Kriminalitätsbekämpfung besser verwirklichen konnte.

Das ideale StGB, das Japan als ein Vorbild ansehen konnte, war das preußische, später deutsche, StGB; denn die Aufgabe des Staates wegen der verspäteten industriellen und kapitalistischen Entwicklung wurde hier wie dort ähnlich aufgefasst.

Zunächst wurde 1889 die „Große Japanische Kaiserliche Verfassung" verkündet. Diese Verfassung wurde von der damaligen deutschen Verfassung stark beeinflusst, weil die seinerzeit herrschenden Machthaber das deutsche Rechtssystem als ein eher geeignetes Vorbild für Japan erachtet hatten. Dies galt auch für das StGB. Zu dieser Zeit, Anfang des 20. Jahrhunderts, war die moderne Schule in Deutschland auf ihrem Höhepunkt und schien für die effektive Verbrechensbekämpfung geeignet zu sein.

Der starke Einfluss der strafrechtlichen Gedanken der modernen Schule brachte es mit sich, dass das geltende StGB von 1907 mit möglichst kurzen und einfachen Tatbeständen konzipiert wurde. Die wichtigste Aufgabe des StGB sollte nämlich sein, den Täter von wiederholten Taten abzuhalten. Nicht die ausführliche Beschreibung oder Differenzierung der „Taten" stand im Vordergrund, sondern die „Persönlichkeit" oder der „Charakter" des Täters.

Der Dogmatik des Allgemeinen Teils wurde großer Spielraum eingeräumt, um eine freie und ungehinderte theoretische Entwicklung zu gewährleisten. Auch die

[9] Vgl. meinen Aufsatz, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Japan: 100 Jahre nach Inkrafttreten des geltenden StGB, in: Geschichte und Gegenwart, S. 3 ff.

Rechtsbegriffe im Besonderen Teil sind grundsätzlich sehr abstrakt und weit gefasst, was die Möglichkeit zur Weiterentwicklung durch eine sogenannte „elastische Auslegung“[10] eröffnet.

Nach Inkrafttreten des geltenden StGB im Jahre 1908 ist die japanische Strafrechtswissenschaft einerseits von der deutschen Strafrechtsdogmatik stark beeinflusst worden, ist aber andererseits zunehmend von ihr abgewichen. Die Wissenschaft stand vor allem bis Ende des Zweiten Weltkriegs unter starkem Einfluss der deutschen Lehre. Die Praxis hingegen hatte inzwischen begonnen, eigene Theorien zu entwickeln.

3. Entwicklung eigener strafrechtlicher Lehren in Japan

Wenn man einige originär japanische Lehren in der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg nennt, sind die „Lehre des strafwürdigen Unrechts”, die “Lehre der Komplott-Mittäterschaft” oder auch nach dem Zweiten Weltkrieg die „Lehre der Aufsichtsfahrlässigkeit“ anzuführen:

a) Die Lehre des strafwürdigen Unrechts

Die „Lehre des strafwürdigen Unrechts“ geht von dem Gedanken aus, dass das Unrecht der rechtswidrigen Straftat quantitativ und qualitativ groß genug sein muss, um das eingriffsintensive Mittel der Strafe notwendig und geeignet erscheinen zu lassen. Die Voraussetzungen der Lehre des strafwürdigen Unrechts liegen erstens im Begriff der materiellen Rechtwidrigkeit als Unrechtsbegriff. Zweitens ist folglich vorauszusetzen, dass der Begriff der Rechtwidrigkeit abstufbar ist. Drittens geht die Lehre davon aus, dass die Straftatenlehre von der Straffolge her teleologisch systematisiert werden muss. Der Ausgangspunkt ist, dass die Strafen „zurückhaltend“, „subsidiär“ oder „ultima ratio“ sein müssen. In Deutschland hat 1983 Hans-Ludwig Günther in seiner Habilitationsschrift[11] ähnliche Gedanken, die Lehre vom „Strafunrechtsausschluss“, entwickelt.

Diese Lehre funktioniert in Bezug auf die Straftat auf drei Ebenen: Erstens auf der Ebene der Gesetzgebung oder Tatbestandsgestaltung, zweitens bei der Tatbestandsauslegung und drittens bei der Ausschließung des strafwürdigen Unrechts aus Rechtfertigungsgründen. In der dritten Phase wirkt der Ausschließungsgrund des strafwürdigen Unrechts so, dass das Unrecht an sich bleibt, aber kein strafwürdiges Unrechtbesteht.

[10] Viele Beispiele habe ich in einem Aufsatz: Das Gesetzlichkeitsprinzip im japanischen Strafrecht, in: Strafrechtsdogmatik, 33 ff.; Spannungsverhältnis im Bereich des Strafrechts, in: Geschichte und Gegenwart, 253 ff.

[11] *Hans-Ludwig Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983.

Als Beispielsfall für den Ausschluss des strafwürdigen Unrechts durch quantitatives Bagatellunrecht, ist der Ichirin-(Ein Cent)-Fall[12] zu nennen: Ein Tabakbauer hatte die Blätter des Tabaks, die er einer Behörde abliefern musste, zu nur etwa 3 g (Preis: ein Cent) selbst verbraucht. Diese Tat wurde als Verletzung des § 48, Abs. 1 des damaligen „Gesetzes zum Tabakmonopolverkauf" (Delikt der Nicht-Lieferung) verfolgt. Das RG hat den Angeklagten freigesprochen, weil es der „Idee der Gesetzgebung" und dem „Grundsatz der Auslegungsmethode" entspricht, über dieses Bagatelldelikt hinwegzusehen. Die Lehre des strafwürdigen Unrechts spielt auch eine Rolle, wenn es um unterschiedliche Rechtwidrigkeitsbeurteilungen in den verschiedenen Rechtsgebieten geht: So kann z.B., ein Streik, obwohl er arbeitsrechtlich rechtwidrig war, im Strafrecht als Unrechtsausschließungsgrund angesehen werden.

Der Gedanke des strafwürdigen Unrechts taucht heute noch in der Praxis ab und zu auf. Dabei ist es jedoch manchmal so, dass er bei den Entscheidungen der unteren Gerichte zwar bejaht, aber bei den höheren Gerichten verneint wird: Während die erste Instanz z. B. beim Fall, wo der Täter mit der illegalen Manipulation seines Telefons die Telefongebühr von 10 Yen (etwa 7 Cent) umgangen hat, das strafwürdige Unrecht wegen der Geschäftsstörung durch List (§233 jStGB) usw. verneint hat, hat der OGH das Urteil der zweiten Instanz, das die Rechtswidrigkeit bejahte, bestätigt[13]. Im Allgemeinen ist die Haupttendenz der Praxis für diese Lehre nicht so günstig wie in der 1960er Jahren. Auch in der Wissenschaft wird heutzutage versucht, sie durch die Lehre von der relativen Rechtswirklichkeit zu ersetzen[14].

b) Die Lehre der Komplott-Mittäterschaft

Die zweite eigene Kategorie, die in der japanischen Praxis erfunden wurde, ist die „Lehre von der sog. Komplott-Mittäterschaft"[15]. Diese Lehre nimmt an, dass Mittäterschaft auch für solche Teilnehmer besteht, welche die Tat nicht selbst begehen, sofern alle Teilnehmer zuvor planen, eine Straftat zu verwirklichen und wenigstens ein Teilnehmer die Straftat begeht. § 60 jStGB regelt: „Wenn mehr als zwei Personen gemeinsam die Straftaten begehen, sind alle als Mittäter zu behandeln". Darüber hinausgehend ist nach dieser Lehre Mittäterschaft auch dann möglich, wenn die Täter keine Straftat gemeinsam „begehen". Diese Lehre ist ein Produkt der Praxis. Denn auch wenn der Anstifter wie ein Täter bestraft wird (§61 jStGB), erscheint es unbillig, wenn der Hintermann, der die Straftat plant und

[12] Urteil des RG v 11. 10. 1910, Keiroku 16, 1620.
[13] Beschluß des OGH v. 24. 6. 1986, Keishu Bd. 40, H. 4, S. 292.
[14] Ich bin noch einer der Befürworter dieser Lehre.
[15] Vgl. meinen Aufsatz: Moderne Erscheinungsformen der Tatbeteiligung Mehrerer unter besonderer Berücksichtigung von organisierter Kriminalität wie auch krimineller Aktivitäten von Organisationen – Komplott-Mittäterschaft als Mittel zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität im japanischen Strafrecht?, in: Geschichte und Gegenwart, . 337 ff.

materiell den Gewinn von dieser Tat erhält, nicht als Hauptfigur, nämlich als Mittäter bestraft werden könnte.

Das RG hat bereits vor dem Zweiten Weltkrieg diese Lehre teilweise bei den „gewaltlosen“ Delikten wie Betrug bejaht, nicht aber bei Gewaltdelikten wie Tötungen, Körperverletzung oder Raub. Im Jahre 1936 hat das RG diese Lehre dann auch auf diese Delikte ausgeweitet[16]. Das entscheidende Argument liegt darin, dass die Beteiligten eine „Gemeinschaft“ zur Straftat bilden: Wenn einer sie begehe, dann sei die Straftat ein Werk der „Gemeinschaft“. Da das Strafrecht keine eigentliche Gemeinschaftshaftung anerkennt, muss die strafrechtliche Verantwortlichkeit allen Beteiligten des Komplotts zugeschrieben werden. Diese Begründung wurde als „Lehre von der Gemeinschaftshaftung” bezeichnet.

Der OGH hat diese Lehre auch nach dem Zweiten Weltkrieg übernommen. Aber im Jahre 1958 hat der OGH[17] die Anforderungen der Lehre etwas eingeschränkt, weil sie zu breite Anwendung gefunden hat. Problematisch war, dass es möglich war, auch den Teilnehmer, der keine Tat gemeinsam begangen hat, mit anzuklagen, wenn der Staatsanwalt nur die Formulierung „im Komplott“ in seine Anklageschrift eingefügt hat. Das „Komplott“ zwischen den Teilnehmern sollte „eine die Straftat konstituierende Tatsache“ und „Gegenstand strengen Beweises“ sein. Trotzdem mehren sich weiterhin die Entscheidungen, die Komplott-Mittäterschaft annehmen. Es ist nicht übertrieben, wenn man sagt, dass es in der Praxis heute keine Anstiftung mehr gibt. Inzwischen wird die Lehre auch von der herrschenden Meinung in der Wissenschaft bejaht. Dies bedeutet, dass man die mittelbare Täterschaft nicht erst mit der Lehre von der „Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate” begründen muss.

Es scheint mir wichtig zu sein, dass man die Anforderung der „gemeinsamen Begehung“ bei der Mittäterschaft nicht allzu formell, sondern materiell auslegt, damit die Materialisierung des Strafbarkeitsbereichs innerhalb einer gerechten Grenze ohne Verwendung des Begriffs von Komplott-Mittäterschaft ermöglicht wird.

c) Die Lehre der Aufsichtsfahrlässigkeit

Die Welt hat seit der Atomkraftwerk-Katastrophe in Fukushima –ausgelöst durch Erdbeben und Tsunami - erneut erkannt, dass Japan ein Land der „Naturkatastrophen“ ist. Aber in Wirklichkeit handelt es sich nicht nur um Naturkatastrophen, sondern auch um „Katastrophen durch Menschen“. Es gibt zahlreiche katastrophale Fälle, bei denen es sich strafrechtlich um Fahrlässigkeitsdelikte handelte[18].

---

[16] Urteil des RG v. 28. 5. 1936, Keishu 15, 715.

[17] Urteil des OGH v. 28. 5. 1958, Keishu Bd. 12, H. 8, S. 1718.

[18] Vgl. *Yamanaka*, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, in: Strafrechtsdogmatik, S. 214 ff.; Umweltkatastrophen und Theorie der Aufsichtsfahrlässigkeit in der neuen japanischen Judikatur, a.a.O.„ S. 236 ff.; Die Bilanz des AIDS-Skandals in Japan, in: Geschichte und Gegenwart, S. 317 ff.

Entsprechend diesen Fällen hat die japanische Praxis und Wissenschaft eine geeignete Lehre entwickelt: Wenn in Fabriken oder Firmen Katastrophen mit Todes- oder Körperverletzungserfolg verursacht werden, existiert in Japan nicht die strafrechtliche Verantwortung einer juristischen Person. Deshalb wurde in der 70 er Jahren versucht, eine theoretische Möglichkeit zu finden, mit der die strafrechtliche Fahrlässigkeitshaftung erweitert werden könnte. Einer dieser Versuche war die „Lehre der Aufsichtsfahrlässigkeit".

Am Anfang wurde der Begriff der Aufsichtsfahrlässigkeit so verwendet, dass die Aufsichtsperson in der Organisation die Verhaltensweise der Beaufsichtigten beaufsichtigen und kontrollieren muss. Wenn sie diese Pflicht vernachlässigt, so muss sie die Fahrlässigkeitsverantwortung tragen. Die Aufsichtsfahrlässigkeit bezog sich zunächst auf fehlerhaftes Handeln der Beaufsichtigten. Allerdings wird sie allmählich auch auf die Aufsicht über mangelhafte gefährliche Sachen, Autos, Maschinen, Anstalten oder personale Organisationen erstreckt.

Die Aufgabe der Fahrlässigkeitsdogmatik, die Grenzen der angemessenen Bestrafung des Topmanagers zu finden, scheint darin zu liegen, eine theoretische Begründung der Strafbarkeit seiner Taten außerhalb bloßer Aufsichtsfahrlässigkeit anzubieten. Ich bemühe mich zur Zeit, die organisatorische Verantwortung des Top-Managers für seine Fehler bei seiner betrieblichen Organisation des gefährlichen Unternehmens dogmatisch zu begründen.

Wenn ich noch ein Beispiel für eine originär japanische Theorie anführen darf, könnte ich noch den Begriff der „epidemiologischen Kausalität" hinzufügen: Die Umweltkatastrophen der 70er Jahre haben in Japan auch beim Kausalbegriff neue Gedanken hervorgebracht: Konkret hat Japan für die Lehre von der „generellen Kausalität" als neues Kriterium der Gesetzmäßigkeit die „epidemiologische Kausalität" entwickelt, um Umweltverschmutzungen effektiver bekämpfen zu können[19]. Dieser Begriff hat die statistische Methode, also eine quantitative Betrachtung, in den Kausalbegriff eingeführt.

4. Die Beziehung zwischen der deutschen und japanischen Strafrechtswissenschaft nach dem Zweiten Weltkrieg

a) Allgemeine Tendenzen in der Beziehung zur deutschen Strafrechtswissenschaft

Die Phase des direkten Einflusses der deutschen Lehre ist allmählich vorbei. Die letzte Phase des direkten Einflusses hatten wir wahrscheinlich in den 60er Jahren mit der finalen Handlungslehre erfahren. Selbst die Lehre des „zweckrationalen Funktionalismus" von Roxin oder des soziologischen „Funktionalismus" von Jakobs haben als an sich komplexe Entwürfe nicht so große Einflüsse auf die

[19] Vgl. Umweltkatastrophen, Massenprozesse und rechtlicher Ökologieschutz in Japan, in: Strafrechtsdogmatik, S. 60 ff., über den Begriff der „epidemiologischen Kausalität" , bes. S. 68 ff.

japanische Wissenschaft ausgeübt. Die theoretischen Tendenzen in der japanischen Strafrechtswissenschaft bewegen sich nach eigenen Regeln und entsprechend eigenen gesellschaftlichen Bedürfnissen. Die Lehre von der objektiven Zurechnung, die ich schon seit vierzig Jahre vertreten habe, zeigt es. Es gab lange Zeit eine feste vorherrschende Meinung in der Lehre vom Kausalzusammenhang, nämlich die Adäquanztheorie. Die Gedanken der objektiven Zurechnung haben erst dann allmählich Zustimmung gefunden, als ich sie für verschiedene Entscheidungen als überzeugende Begründungen herangezogen habe.

Nach dem Zweiten Weltkrieg hat Japan seine „Verfassung" nach dem Vorbild der Besatzungsmacht USA reformiert. Hier findet sich also ein Einfluss des amerikanischen Rechtssystems. Die StPO wurde unter dem Einfluss der Verfahrensstruktur der USA reformiert. Das hat auch in der materiellen Strafrechtswissenschaft Anlass gegeben, neue, amerikanische Gedanken einzuführen. Repräsentativ war Ryuichi Hirano (1920-2000), der nach dem Zweiten Krieg energisch die anglo-amerikanische funktionalistische Betrachtungsweise und empirische Methode in die Strafrechtswissenschaft eingeführt hat[20]. Sein Problemdenken hat zwar einen neuen Blickwinkel in die Strafrechtsdogmatik mit sich gebracht, aber gleichzeitig schadete es meiner Ansicht nach dem Systemdenken.

b) Neue Dimension der Beziehung zwischen der deutschen und japanischen Strafrechtswissenschaft nach dem Zweiten Weltkrieg

Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs blieben die herrschenden Strafrechtler meistens auf ihren Stellen. Die Frontstellungzwischen der klassischen und modernen Schule änderte sich einstweilen nicht. Nur wurde die klassische Schule in die konservative und liberale Schule zweigeteilt. Die meisten liberalen Schulen standen jedoch unter den Einflüssen des Marxismus. Die moderne Schule war infolge der Einschränkung staatlicher Sanktionen nach dem Zweiten Weltkrieg sehr schwach geworden. Die jüngere Generation von damals haben die neuen strafrechtlichen Gedanken der finalen Handlungslehre aus Deutschland tief beeindruckt

In der Diskussion über eine Strafrechtsreform in den 60er und 70er Jahren gab es eine Frontstellung zwischen zwei Gruppen, die einerseits den moralisch-konservativen und andererseits den liberal-demokratischen, die Menschenrechte betonenden Standpunkt vertraten. In dieser Zeit wurden neue Forschungen über verschiedene Themen in der deutschen Dogmatik durch jüngere Forscher fortgesetzt und auch in der japanischen Dogmatik vertreten.

Der persönliche Austausch begann am Ende der 50er Jahre. Einige japanische Strafrechtler kamen nach Deutschland und betrieben ihre Forschungen für ein oder zwei Jahre in verschiedenen Universitäten, z. B. Bonn, Freiburg, Heidelberg

---

[20] Ryuichi Hiranos Strafrechtslehre, in: Geschichte und Gegenwart, S. 37 ff. (Erstpublikation: Journal der Juristischen Zeitgeschichte, Jahrgang 4, Heft 1, 2010, S. 1 ff.)

oder München. Der erste deutsche Strafrechtler, der Japan besuchte, war in den 50er Jahren Dietrich Oehler (1915-2005) aus Köln, dessen Bruder damals als Priester in Tokyo tätig war. In den 60 er Jahren besuchte Hans Welzel (1904-1977) Japan und Ende der 70er Jahre Claus Roxin. Seit den 80er Jahren besuchten zahlreiche Strafrechtler und Kriminologen Japan und hielten Vorträge. Dabei konnten allmählich einige Fragestellungen und Antworten gefunden werden - von einer echten „Diskussion" konnte man nicht sprechen. Das erste Symposion zwischen Deutschland und Japan wurde 1988 in Köln durch Hans Joachim Hirsch (1929-2011) veranstaltet[21]. Daran haben seinerzeit führende Strafrechtler teilgenommen, und auch ich als einer der jüngsten Teilnehmer aus Japan. Heutzutage finden solche Symposien häufiger in Deutschland oder in Japan statt.

5. Die gegenwärtigen Aufgaben der japanischen Strafrechtswissenschaft

Als ein „Fazit" fasse ich meine Rede mit einigen Bemerkungen zusammen:

Die japanische Strafrechtswissenschaft hat sowohl deutsche Theorien modifiziert als auch teilweise neue Lehren konzipiert, um der sozialen Wirklichkeit und der juristischen Praxis in der Gesellschaft gerecht zu werden.

Man könnte also sagen, dass die japanische Strafrechtswissenschaft noch unter starkem deutschen Einfluss steht. Aber man hat sich schon von früh her bemüht, die Theorie etwas zu modifizieren, um sie in den sozialen Kontext zu integrieren.

Die japanische Strafrechtswissenschaft erforscht heutzutage die deutsche Strafrechtswissenschaft eher zum Zweck der Rechtsvergleichung und benutzt sie bei der Auslegung des japanischen StGB als ergänzendes Argument. Der hierbei eintretende „Kontextwechsel"[22] wird teilweise beachtet und teilweise unbewusst missachtet. So ähnelt die Strafrechtsdogmatik einerseits der theoretischen Physik, die ohne Kontextwechsel überall gilt. Andererseits wird sie als Rechtswissenschaft aufgefasst, die in einer konkreten Gesellschaft und in einem bestimmten Rechtssystem verwurzelt und deshalb nicht ohne weiteres übertragbar ist.

Ich hoffe, dass der wissenschaftliche Austausch auf dem Gebiet des Strafrechts in Zukunft zwischen Deutschland und Japan weiter anwachsen wird. Meine bescheidenen Beiträge waren Versuche, Ihnen über die Lage der Strafrechtstheorie und der Strafrechtspraxis in Japan zu berichten. In der Zukunft aber sollte es so sein, dass wenigstens im theoretischen Bereich beachtenswerte neue Gedanken zur Diskussion gestellt werden können. Wenn ich diese Hoffnung auf mich selbst beziehen darf, so würde es mich sehr freuen, wenn die Verleihung der Ehrendok-

---

[21] Vgl. *Hirsch/Weigend* (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Duncker & Humblot 1989. SS. 212.

[22] Vgl. Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem Zweiten Weltkrieg – Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre, in: Geschichte und Gegenwart, S. 21 ff.

torwürde durch die juristische Fakultät der Universität Göttingen mir dazu eine Gelegenheit geben und weiteren Anlass bieten wird, auch wenn mir womöglich nicht allzu viel Zeit bleiben wird.

Nochmals bedanke ich mich ganz herzlich für die ehrenvolle Verleihung der Ehrendoktorwürde, die mich außerordentlich erfreut.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Aufmerksamkeit und Geduld.

Verzeichnis der Autoren

Ambos, Kai, Prof. Dr. Dr. h.c., Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Duttge, Gunnar, Prof. Dr., Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Heun, Werner, Prof. Dr. Dr. h.c., Institut für Allgemeine Staatslehre und politische Wissenschaften, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Jehle, Jörg-Martin, Prof. Dr. Dr. h.c., Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Iijima, Mitsuru, Dr., Prof. für Strafrecht, Juristische Fakultät, Kansai Universität, Yamate-cho 3-3-35, Suita-shi, 564-8680 Osaka/Japan

Kinoshita, Satoshi, Prof. für Verfassungsrecht, School of Law, Kansai Universität, Yamate-cho 3-3-35, Suita-shi, 564-8680 Osaka/Japan

Körber, Torsten, Prof. Dr. LLM (Berkeley), Institut für Wirtschaftsrecht, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Kubo, Hiroyuki, Dr., Prof. für Bürgerliches Recht, School of Law, Kansai Universität, Yamate-cho 3-3-35, Suita-shi, 564-8680 Osaka/Japan

Kuzuhara, Rikizo, Prof. für Strafrecht, Juristische Fakultät, Kansai Universität, Yamate-cho 3-3-35, Suita-shi, 564-8680 Osaka/Japan

Nishi, Taira, Prof. für Völkerrecht, Juristische Fakultät, Kansai Universität, Yamate-cho 3-3-35, Suita-shi, 564-8680 Osaka/Japan

Schorkopf, Frank, Prof. Dr., Institut für Völkerrecht und Europarecht, Abteilung Europarecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Spindler Gerald, Prof. Dr., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Multimedia- und Telekommunikationsrecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Takeshita, Ken, Dr., Prof. für Rechtsphilosophie, Juristische Fakultät, Kansai Universität, Yamate-cho 3-3-35, Suita-shi, 564-8680 Osaka/Japan

Takigawa, Toshiaki, Prof. für Wirtschaftsrecht, Juristische Fakultät, Kansai Universität, Yamate-cho 3-3-35, Suita-shi, 564-8680 Osaka/Japan

Yamanaka, Junko, Doctor Juris (Law School/Universiät Tokyo), Staatsanwältin, Abteilung für Strafrecht im Justizministerium, Kasumigaseki 1 Chome 1-1, Chiyoda-ku, 100-8977 Tokyo/Japan

Yamanaka, Keiichi, Dr. Dr. h.c. mult., Prof. für Strafrecht, School of Law, Kansai Universität, Yamate-cho 3-3-35, Suita-shi, 564-8680 Osaka/Japan

Moderne Gesellschaften sind hoch komplex strukturiert und gesteuert und daher zugleich in hohem Maße risikoanfällig. Dies gilt im nationalen und noch mehr im internationalen Maßstab. Die Umweltkatastrophe in Fukushima oder auch die globale Finanzkrise zeigen, dass wir es mit wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Großrisiken zu tun haben, die es erfordern, funktionierende Sicherheitssysteme zu schaffen. Damit ist allerdings die Gefahr verbunden, in Verfolgung dieser Sicherheitsbedürfnisse die freie Entfaltung der Person einzuschränken und so die Basis unserer freien Gesellschaft zu beeinträchtigen.

Wie kann man das Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und individueller Freiheit in der gegenwärtigen Risikogesellschaft lösen? In diesem Band werden exemplarisch Probleme auf der Ebene der Verfassung, des Völkerrechts, des Wirtschaftsrechts, des Straf- und Medizinrechts gezeigt und Lösungsvorschläge entwickelt. Die deutsch-japanische wissenschaftliche Zusammenarbeit eröffnet die reizvolle Möglichkeit, aus verschiedenen Perspektiven die Problematik zu beschreiben sowie Ansätze zu Problemlösungen aufzuzeigen.

Band 16 der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
Die Reihe wird von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität herausgegeben und macht Veranstaltungen an der Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich.



ISBN 978-3-86395-168-9
ISSN 1864-2128

Universitätsverlag Göttingen